Schutz
der mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlagen gegenüber dem Rechte auf Abwehr von Immissionen.
(§ 26 der Gewerbeordnung.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

ACAD. LEIPZ. BAT. BIBL.

eingereicht von

Benno Thieme
Referendar in Leipzig.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske.
1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0006

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Allgemeiner Teil.

§ 2. Entstehung des § 26 GewO. 3
§ 3. Seine Geltung 6
§ 4. Sein Verhältnis zu den §§ 17 u. 19 GewO. 7

II. Besonderer Teil.

Inhalt des § 26 GewO.

A. Seine Schutzobjekte.

§ 5. Die mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlagen 11
§ 6. Die Dampfkesselanlagen des § 24 GewO. 24
§ 7. Unternehmungen, die dem öffentlichen Verkehre dienen 26

B. Seine Schutzmittel.

§ 8. Ausschluß der Klage auf Betriebseinstellung 30
§ 9. Klage auf Herstellung von Schutzvorrichtungen 34
§ 10. Klage auf Schadloshaltung 46

§ 11. Schlußwort 50

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare.

v. Bernewitz, Die Reichsgewerbeordnung. 7. Aufl.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl.

Hoffmann, Die Gewerbeordnung. 6. Aufl.

Kayser-Steiniger, Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl.

v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl.

Marcinowsky, Die deutsche Gewerbeordnung. 6. Aufl.

Neukamp, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 7. Aufl.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl.

Reiß, Reichsgewerbeordnung. 1905.

Schenkel, Die deutsche Gewerbeordnung. 2. Aufl.

v. Schicker, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze. 2. u. 3.—4. Aufl.

Stößel, Regers Handausgabe der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl.

II. Lehrbücher und Einzelschriften.

Beck, Die rechtlichen Verhältnisse zwischen benachbarten Grundstücken gegenüber genehmigungspflichtigen Gewerbeanlagen. 1890.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1899.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl.

Hallenkamp, Der privatrechtliche Inhalt der §§ 17, 19 u. 26 der Gewerbeordnung. Im Sächsischen Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß Bd. 1 S. 705 ff.

Hörle, Die Beeinträchtigungen des Eigentums durch gewerbliche Anlagen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Gewerbeordnung. Im Verwaltungsarchiv Bd. 10 S. 366 ff.

Kloß, Sächsisches Landesprivatrecht. 2. Aufl. 1903.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1906.

Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl.

Mayer, Dentsches Verwaltungsrecht.

Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts.

Rohmer, Die genehmigungspflichtigen Anlagen der Reichsgewerbeordnung und das Bürgerliche Gesetzbuch. Im Preuß. Verwaltungsblatt 21. Jahrgang Nr. 8.

Roth, Grundeigentum und Immissionen. Inaug.-Diss. Würzburg 1905.

Seydel, Das Gewerbepolizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung. In den Annalen des Deutschen Reichs von Hirth-Seydel. 1881.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl.

III. Zeitschriften, Entscheidungssammlungen und dergl.

Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden.

Annalen des Reichsgerichts. Herausgegeben von Blum.

Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Juristische Wochenschrift.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Materialien zu den sächsischen Ausführungsgesetzen zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Einführungsgesetzes von Achilles, Gebhard und Spahn.

Reger, Entscheidungen der Gerichte und der Verwaltungsbehörden.

Sammlung sämtlicher Drucksachen des Reichstages des Norddeutschen Bundes im Jahre 1869.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes. 1. Legislaturperiode. Session 1869.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts.

Einleitung.[1]

§ 1.

I. Der Eigentümer eines Grundstücks kann andere von jeder Einwirkung auf sein Grundstück ausschließen, soweit nicht Rechte Dritter oder gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen (§ 903 BGB.). Dieses Recht des Grundstückseigentümers ist im Interesse namentlich des Nachbarn vom Bürgerlichen Gesetzbuche (und darüber hinaus vom Landesrecht gemäß Art. 124 EG. z. BGB.) verschiedenen Beschränkungen unterworfen. So muß der Grundstückseigentümer, da mit der gewöhnlichen Benutzung eines Grundstücks und namentlich mit dem Gewerbebetriebe gewisse Belästigungen der Nachbargrundstücke unvermeidlich verbunden sind, die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstücke ausgehende Einwirkungen insoweit dulden, als sie die Benutzbarkeit seines Grundstückes nicht wesentlich beeinträchtigen. Er muß sich aber auch eine wesentliche Beeinträchtigung dann gefallen lassen, wenn sie durch eine Benutzung des anderen Grundstückes herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Dagegen kann er sich in jedem Falle der Zuführung durch eine besondere Leitung widersetzen (§ 906 BGB.).

---

[1]) vgl. hierzu Dernburg, Sachenrecht § 67 (S. 204 ff.), § 72 (S. 217 ff.), § 80 (S. 240 ff.); Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2 § 210, (S. 148 ff.), § 211 (S. 151 ff.); Hörle im VerwArch. Bd. 10 S. 366 ff.; Planck Komm.: Sachenrecht Anm. zu § 906 (S. 171 ff.), § 907 (S. 174 ff.), § 1004 (S. 330 ff.); v. Staudinger, Komm.: Sachenrecht Anm. zu § 906 (S. 205 ff.), § 907 (S. 216 ff.), § 1004 (S. 416 ff.).

Überschreitet eine Einwirkung das zulässige Maß, so hat der Eigentümer des Grundstücks das Recht, sich ihrer mit der Klage aus § 1004 BGB. zu erwehren und die Beseitigung der Beeinträchtigung durch Einstellung des Betriebs zu verlangen. Außer diesem Schutze gegenüber einer bereits ins Werk gesetzten unzulässigen Einwirkung wird dem Eigentümer eines Grundstücks noch ein vorbeugendes Schutzmittel gewährt. Er kann die Herstellung oder das Halten einer Anlage auf dem Nachbargrundstücke verhindern, von der mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge haben wird (§ 907 BGB.). Sein Anspruch geht in diesem Falle auf Beseitigung der Anlage.

II. Gegenüber den im § 16 GewO. aufgezählten mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlagen, gegenüber den Dampfkesseln des § 24 GewO. und den dem öffentlichen Verkehre dienenden Unternehmungen des Art. 125 EG. z. BGB. ist das dem Grundstückseigentümer im Bürgerlichen Gesetzbuche gewährleistete Recht auf Abwehr unzulässiger Einwirkungen in erheblichem Maße durch die Vorschrift des § 26 GewO. für das Deutsche Reich v. 21. 6. 1869 eingeschränkt. Darnach kann der Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Schutzvorrichtungen und, wo diese nicht angebracht erscheinen, auf Schadloshaltung klagen. § 26 GewO., dessen Bedeutung somit auf zivilrechtlichem Gebiete liegt, hat folgenden Wortlaut:

> „Soweit die bestehenden Rechte zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen, welche von einem Grundstück aus auf ein benachbartes Grundstück geübt werden, dem Eigentümer oder Besitzer des letzteren eine Privatklage gewähren, kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, oder, wo solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden".

I. Allgemeiner Teil.

§ 2.

Entstehung des § 26 GewO.[2])

I. Der vom Bundesrate des Norddeutschen Bundes beschlossene Entwurf einer Gewerbeordnung vom Jahre 1869 hatte eine Bestimmung, die dem heutigen § 26 der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich entsprechen würde, nicht vorgesehen. Erst bei der zweiten Beratung des Entwurfs im Reichstage wurde von dem Abg. Dr. Baehr der Antrag gestellt, hinter § 25 d. Entw. (heute § 25 GewO.) folgenden Paragraphen einzuschalten:

> Privatklagen, welche zur Hinderung des benachbarten Betriebes gewisser Gewerbe kraft Gesetzes gegeben sind, finden fernerhin nicht statt.
>
> Soweit die bestehenden Rechte zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen, welche von einem Grundstück aus auf ein benachbartes Grundstück geübt werden, dem Eigentümer oder Besitzer des letzteren eine Privatklage gewähren, kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, oder, wo solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Be-

[2]) vgl. Sammlung sämtl. Drucks. d. Reichstags d. Nordd. Bundes v. Jahre 1869, Bd. 1 Nr. 13 u. 75, Bd. 2 Nr. 113, Bd. 3 Nr. 216; Stenogr. Ber. über die Verhandl. d. Reichstags des Nordd. Bundes Sess. 1869 Bd. 1 S. 280 ff., Bd. 2 S. 1074; v. Landmann, GewO. Bd. 1 S. 207, 169; Urt. d. RG. v. 20. 5. 1884, Entsch. Bd. 11 S. 183.

triebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden.

Dr. Baehr begründete seinen Antrag folgendermaßen[3]):

Mit dem ersten Abschnitte des von ihm vorgeschlagenen Paragraphen wolle er Partikularrechte privatrechtlichen Inhalts, insbesondere das lübische Recht, beseitigen, die bisher störend in den Gewerbebetrieb eingegriffen hätten. Der zweite Absatz seines Antrags richte sich gegen die auf Grund der actio negatoria des gemeinen Rechts zulässige Beanstandung gewisser nachteiliger Einwirkungen, die von einem Grundstück aus auf ein benachbartes Grundstück geübt würden. Eine Verurteilung zur Unterlassung solcher Einwirkungen, die von einer gewerblichen Anlage ausgingen, führe schließlich die Einstellung des Gewerbebetriebs herbei. Die actio negatoria in dieser ihrer äußersten Konsequenz wolle er einschränken.

Dem Antrage des Dr. Baehr trat Bundeskommissar Dr. Michaelis entgegen. Er führte aus, der Antrag bezöge sich auch auf solche gewerbliche Anlagen, für die das Genehmigungsverfahren der Gewerbeordnung (§§ 16 ff.) nicht vorgeschrieben sei, und greife demnach über den Bereich des gegenwärtigen Gesetzes ohne unmittelbare Notwendigkeit hinaus.

Dr. Baehr gab diesen Einwand in Beziehung auf den ersten Satz seines Antrags als richtig zu, erklärte aber die Vorschrift dieses Satzes im Interesse zahlreicher, sonst gefährdeter Gewerbebetriebe für notwendig. Für den zweiten Abschnitt seines Antrags wies er die Behauptung des Bundeskommissars als unzutreffend zurück; denn er habe in den Worten „kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung usw. gerichtet werden" seinen Antrag gerade auf diejenigen Fälle begrenzt, wo die Bestimmungen der Gewerbeordnung an die Stelle dieses nicht mehr passenden privatrechtlichen Schutzes treten, d. h. er habe seinen Antrag auf die Fälle beschränkt, in denen das von der Gewerbeordnung für bestimmte gewerbliche Anlagen vor-

[3]) Stenogr. Ber. über die Verhandl. d. Reichstags d. Nordd. Bundes Bd. 1 S. 280 ff.

gesehene Genehmigungsverfahren den Nachbarn solcher Anlagen anstatt des bisher durch die actio negatoria gegebenen Schutzes ausreichend Gelegenheit biete, ihre Einwendungen gegen die Errichtung der Anlagen zur Geltung zu bringen.

II. Der Antrag des Abgeordneten Dr. Baehr gelangte bei der zweiten Beratung des Entwurfs nicht zur Annahme. Vielmehr wurde an seiner Stelle folgende vom Abgeordneten Dr. Weigel vorgeschlagene, im § 30 des Gewerbegesetzes für das Königreich Sachsen v. 15. 10. 1851 bereits vorhandene Bestimmung angenommen:

> „Ist eine Anlage nach Beobachtung dieses Verfahrens von der zuständigen Verwaltungsbehörde genehmigt und unter Beachtung der dabei gestellten Bedingungen ausgeführt worden, so kann von den Gerichten später wegen Belästigung oder Beeinträchtigung der Nutzbarkeit fremden Eigentums nicht mehr auf Änderung oder Beseitigung der Anlage, sondern nur auf Entschädigung erkannt werden".

Dr. Weigel hob bei seinen Ausführungen[4]) hervor, daß es sich in dem Abschnitte der Gewerbeordnung über „Anlagen, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen" (§§ 16 ff.) einerseits darum handle, die Nachbarn vor Belästigungen durch die Industrie und andererseits den Industriellen vor den Folgen zu schützen, die „das gemeine Recht an die allerunerheblichste Belästigung knüpfe", d. h. vor der schließlich notwendigen Einstellung des ganzen Betriebs. Wolle man die actio negatoria mit ihrem Ziel auf Einstellung des Betriebes uneingeschränkt bestehen lassen, so verfehle man vollständig die eine Seite des Zweckes, den der genannte Abschnitt der Gewerbeordnung erstrebe.

III. Bei der dritten Beratung des Entwurfs nahm Dr. Baehr seinen früher gestellten Antrag im Verein mit den Abgeordneten Runge, Dr. Stephani und Weigel wieder auf. Er bezeichnete[5]) die von ihm vorgeschlagene Fassung des Paragraphen gegenüber dem bei der zweiten Beratung angenommenen Wort-

---

[4]) Stenogr. Ber. über die Verhandl. d. Reichstags 1869 Bd. 1 S. 281 ff.

[5]) Stenogr. Ber. Bd. 2 S. 1074 ff.

laute als vollständiger zufolge des nur in jener enthaltenen ersten Satzes: „Privatklagen, welche zur Hinderung des benachbarten Betriebes gewisser Gewerbe kraft Gesetzes gegeben sind, finden fernerhin nicht statt". Außerdem sei der zweite Abschnitt seines Paragraphen insofern genauer, als er klar ausspreche, daß an den bestehenden Landesgesetzen nichts geändert werden solle, während die Fassung des Paragraphen, wie er jetzt vorliege, möglicherweise eine Auslegung dahin finden könne, daß wegen allermöglichen Belästigung eine Schadensersatzklage zu gewähren sei. Endlich verdiene der zweite Absatz seines Vorschlags deshalb den Vorzug, weil nach ihm die Verweisung auf Schadensersatz nicht unbedingt stattfinden solle, sondern nur in den Fällen, wo nicht solche Einrichtungen hergestellt werden könnten, welche unbeschadet des Fortbestandes des Gewerbes die nachteilige Einwirkung beseitigten.

Vom Reichstag wurde der erste Satz des Antrags abgelehnt, der zweite Absatz dagegen angenommen. Damit war § 26 GewO. in dem noch heute unverändert geltenden Wortlaute zur Annahme gelangt.

§ 3.

Seine Geltung.

§ 26 GewO. ist durch das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner Geltung nicht berührt worden.

Nach Art. 32 EG. z. BGB. bleiben die Vorschriften der Reichsgesetze insoweit in Kraft, als sich nicht aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche oder dem Einführungsgesetze dazu ihre Aufhebung ergibt. Dies ist nicht der Fall. Die Aufhebung des § 26 GewO. wird im Bürgerlichen Gesetzbuche oder im Einführungsgesetze weder ausdrücklich ausgesprochen noch ist sie dort im Wege der Auslegung festzustellen. § 26 gilt vielmehr, obwohl er insbesondere in die Bestimmungen der §§ 903, 906, 1004, 907 BGB. stark eingreift, neben diesen Vorschriften fort, da er Verhältnisse besonderer Natur regelt, sich also als lex specialis[6]) darstellt.

[6]) v. Landmann, GewO. Bd. 1 § 26 S. 217.

Dieses Ergebnis wird auch durch die Art. 36 u. 125 EG. z. BGB. bestätigt. Ersterer behandelt die durch das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches im einzelnen notwendig gewordenen Änderungen der Gewerbeordnung, ohne des § 26 Erwähnung zu tun. Art. 125 bestimmt, daß diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft bleiben, welche die Bestimmung des § 26 GewO. auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen ausdehnen. Daraus ergibt sich ebenfalls, daß die hier in ihrer landesrechtlichen Erstreckung aufrechterhaltene Vorschrift des § 26 GewO. selbst neben dem Bürgerlichen Gesetzbuche fortbesteht.

§ 4.

Sein Verhältnis zu den §§ 17 u. 19 GewO.

I. Die §§ 17 u. 19 GewO. treffen einige Bestimmungen über das Genehmigungsverfahren, dem die in § 16 GewO. aufgeführten Anlagen unterliegen. Nach § 17 hat die landesgesetzlich zuständige Behörde das Unternehmen, dessen Genehmigung beantragt ist, zur öffentlichen Kenntnis zu bringen mit der Aufforderung, etwaige Einwendungen gegen die neue Anlage binnen 14 Tagen anzubringen. Die Frist ist für alle Einwendungen, welche nicht auf privatrechtlichen Titeln beruhen, präklusivisch. Für den Fall, daß der Errichtung der Anlage widersprochen wird, sollen gemäß § 19 Einwendungen, welche auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen, zur richterlichen Entscheidung verwiesen werden, ohne daß von der Erledigung derselben die Genehmigung der Anlage abhängig gemacht werden darf. Andere Einwendungen sind dagegen mit den Parteien vollständig zu erörtern. Nach Abschluß dieser Erörterung hat die Prüfung und Entscheidung gemäß den im § 18 GewO. enthaltenen Vorschriften zu erfolgen.

II. Diese Bestimmungen über das Genehmigungsverfahren in §§ 17 ff. bezwecken nach den Motiven zum Entwurfe der Gewerbeordnung[7]) „dadurch, daß *vor* der Errichtung der Anlagen im Wege eines geordneten Verfahrens eine Prüfung der Einwendungen"

---

[7]) Drucks. d. Reichstags 1. L.-P., S.-P. 1869 Nr. 13 S. 60

erfolgt, die Gewerbetreibenden gegen das Erheben von Widersprüchen *nach* der Genehmigung und Errichtung der Anlagen zu sichern. Der den Industriellen in dieser Richtung durch §§ 17 und 19 gewährte Schutz würde sich aber als unvollständig erweisen, wollte man später der mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber eine Klage im vollen Umfange zulassen, die auf Grund des bestehenden Rechts Einstellung des Gewerbebetriebs wegen unzulässiger Einwirkung auf ein Nachbargrundstück fordert. Dieser Gedanke ist bereits bei der zweiten Beratung des Entwurfs der Gewerbeordnung insbesondere von dem Abgeordneten Dr. *Weigel* ausgesprochen worden.[8]) § 26 schränkt deshalb jene Klage ein, insofern er bestimmt, daß sie der mit obrigkeitlicher Genehmigung hergestellten Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs gerichtet werden darf. Jener Paragraph enthält also eine notwendige Ergänzung des für die Gewerbetreibenden in den §§ 17 u. 19 beabsichtigten Schutzes.

III. Das der Genehmigung einer Anlage vorausgehende Verfahren bietet aber nicht nur den Unternehmern Schutz gegen nachträgliche Einwendungen, sondern es gibt andererseits auch den Nachbarn ausreichende Gelegenheit, ihre Rechte gegen die Errichtung der Anlage geltend zu machen. Die Prüfung und Erörterung, welche diesen Rechten gemäß §§ 17 u. 19 im Verwaltungsverfahren gesichert ist, bedeutet für die Nachbarn *vor* der Errichtung der Anlage ein Schutzmittel, das *nach* ihrer Herstellung die Einschränkung des Rechtsschutzes nach § 26 rechtfertigt.

IV. Sowohl § 26 als auch die §§ 17 u. 19 befassen sich mit den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, die dem Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks zur Abwehr benachteiligender, auf sein Grundstück von einem anderen aus geübter Einwirkungen eine Zivilklage gewähren, jedoch in verschiedener Richtung.[9]) § 26 handelt von Klagen, die wegen der genannten Einwendungen namentlich auf Grund von §§ 903, 906, 1004 BGB. gegen die

[8]) Stenogr. Berichte Bd. 1 S. 273, 274, 281.
[9]) vgl. v. *Landmann*, GewO. Bd. 1 S. 217.

bereits errichtete Anlage vor Gericht erhoben werden, die §§ 17 und 19 dagegen neben anderen von diesen Einwendungen, soweit sie z. B. nach § 907 BGB. der Herstellung der Anlage vor der Verwaltungsbehörde entgegengesetzt werden können.

Ob diese nachbarrechtlichen Widersprüche unter die „nicht auf privatrechtlichen Titeln beruhenden Einwendungen" zu rechnen sind und deshalb nach § 17 durch Fristablauf präkludiert werden, ist sehr umstritten.[10]) Die Frage hier zu entscheiden, erübrigt sich aber, da auch von denjenigen, die sie bejahen, fast ausnahmslos[11]) anerkannt wird, daß die in § 17 bestimmte Präklusion nicht eine vollständige Beseitigung der nachbarrechtlichen Ansprüche bedeutet, daß diese vielmehr der errichteten Anlage gegenüber stets noch in der Beschränkung des § 26 geltend gemacht werden können.[12]) Die Vorschrift des § 17 über die Präklusion der nicht auf privatrechtlichen Titeln beruhenden Einwendungen greift also nicht auf das Gebiet des § 26 über. Das folgt schon aus dem Wortlaute der beiden angezogenen Bestimmungen. § 17 handelt nur von Einwendungen „gegen die neue Anlage", d. h. gegen die Anlage, welche erst errichtet werden soll. Nur solche Einwendungen — wie sie beispielsweise nach § 17 BGB. gegen die Herstellung der Anlage vorgebracht werden können — würden, falls sie zu den nicht auf privatrechtlichen Titeln beruhenden Einwendungen des § 17 zu rechnen sind, der dort bestimmten Präklusion unterliegen. § 26, der die gegenüber bereits errichteten Anlagen gegebenen Ansprüche regelt, macht das Bestehen dieser Rechte seinem Wortlaute

---

[10]) vgl. v. Landmann, GewO. § 17 Anm. 5 S. 168ff.; Kaiser-Steiniger, GewO. § 17 Bem. 6; Meyer, Lehrb. d. deutschen VerwR. Bd. 1 S. 390; Beck, Die rechtl. Verhandl. zwischen benachbarten Grundstücken S. 34—38, 40—41; Rohmer im Preuß. VerwBl. Bd 21 S. 77ff.; Gallenkamp im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 711; Mandry, Der zivilrechtl. Inhalt d. Reichsgesetze S. 381; v. Schicker, GewO. Bd. 1 § 17 Note 5; Neukamp, GewO. § 17 Anm. 1.

[11]) Nach Seydel (Hirths Annalen 1881 S. 629) sind alle Einwendungen des Nachbarrechts, soweit sie im Genehmigungsverfahren nach §§ 17, 19 GewO. berücksichtigt werden, von der Geltendmachung im Zivilrechtswege ausgeschlossen. Vgl. auch die Urt. d. RG. v. 14. 11. 1882 (Annalen Bd. 7 S. 69) und v. 20. 5. 1885 (Reger Bd. 6 S. 159).

[12]) v. Landmann, GewO. Bd. 1 § 17 Anm. 5.

nach nicht von dem Anbringen bei der Verwaltungsbehörde innerhalb der Präklusivfrist des § 17 abhängig. Die Unmöglichkeit, daß die Präklusion des § 17 auf die vom § 26 behandelten Nachbarrechte übergreift, folgt aber nicht nur aus dem Wortlaute der besprochenen Paragraphen, sondern auch aus dem Begriffe der Präklusion selbst. Präklusion bedeutet das Erlöschen von Rechten durch Fristablauf. Naturgemäß können nur solche Rechte erlöschen, die bereits bestanden haben. Vor ihrem Entstehen können Rechte niemals präkludiert werden. Da nun § 26 nur von Ansprüchen gegenüber bereits errichteten Anlagen handelt, also von Ansprüchen, die vor vollendeter Errichtung noch nicht vorhanden sind, so können diese auch nicht schon vor der Herstellung der Anlage im Genehmigungsverfahren präkludiert werden.[13])

Was von der Präklusion des § 17 nach dem Gesagten gilt, ist auch hinsichtlich der nach § 19 Abs. 2 im Verwaltungsverfahren getroffenen Entscheidung über jene nachbarrechtlichen Ansprüche festzustellen. Diese Entscheidung vermag, wenn sie Widersprüche wegen unzulässiger Einwirkung auf ein Nachbargrundstück verwirft, niemals die im § 26 erwähnten Klagen zu konsumieren; denn diese Klagen können erst nach der Errichtung der Anlage erhoben, also nicht schon vor ihrer Herstellung verbraucht werden.

V. Nach den bisherigen Ausführungen erschöpfen sich die Beziehungen des § 26 zu den §§ 17 u. 19, nochmals kurz zusammengefaßt, in folgendem:

1. § 26 bildet die notwendige Ergänzung der §§ 17 u. 19, da er den für die Unternehmer in den letzteren Vorschriften beabsichtigten Schutz vervollständigt.

2. Die in § 26 ausgesprochene Beschränkung nachbarlicher Rechte ist dadurch gerechtfertigt, daß ihre Berücksichtigung bereits im Verwaltungsverfahren nach §§ 17 u. 19 genügend vorgesehen ist.

Dagegen berührt die in § 17 für Einwendungen, die nicht auf privatrechtlichen Titeln beruhen, bestimmte Präklusion und die Entscheidung über solche Widersprüche gemäß § 19 Abs. 2 den Inhalt des § 26 in keiner Weise.

---

[13]) vgl. v. Landmann, GewO. Bd. 1 § 26 Anm. 5 a. E.; Hörle im VerwArch. Bd. 10 S. 373.

II. Besonderer Teil.

Inhalt des § 26 GewO.

A. Seine Schutzobjekte.

§ 5.

Die mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlagen.

Nach § 26 GewO. kann eine Klage wegen unzulässiger, von einem Grundstück aus auf ein benachbartes Grundstück geübter Einwirkungen niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs gerichtet werden, falls sie gegen eine mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete gewerbliche Anlage erhoben wird.

I. Unter diesen mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlagen sind, abgesehen von den im folgenden Paragraphen zu behandelnden Dampfkesselanlagen des § 24 GewO., nur die im § 16 GewO. aufgezählten Anlagen zu verstehen, soweit sie dem in den §§ 17 ff. GewO. geregelten Genehmigungsverfahren unterlegen und auf Grund dieses Verfahrens obrigkeitliche Genehmigung gefunden haben.

Die Richtigkeit dieser Ansicht[14]) folgt einmal daraus, daß § 26 in dem Abschnitte der Gewerbeordnung aufgenommen ist, der von „Anlagen, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen" (§§ 16—28), handelt. Schon deshalb kann seine Vorschrift, daß eine Klage wegen unzulässiger Einwirkungen „einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber"

[14]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 183 ff.

niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs gerichtet werden darf, sich nur auf die nach Maßgabe dieses Abschnittes genehmigten Anlagen beziehen.

Dieses Ergebnis findet aber auch in der Entstehungsgeschichte des § 26 seine Bestätigung:

Wie im § 2 dieser Abhandlung dargelegt ist, hatte die heute im § 26 GewO. enthaltene Bestimmung zunächst folgende Fassung: „Ist eine Anlage nach Beobachtung dieses Verfahrens von der zuständigen Verwaltungsbehörde genehmigt und unter Beobachtung der dabei gestellten Bedingungen ausgeführt worden, so kann von den Gerichten später wegen Belästigung oder Beeinträchtigung der Nutzbarkeit fremden Eigentums nicht mehr auf Änderung oder Beseitigung der Anlage, sondern nur auf Entschädigung erkannt werden".

Diese Fassung ergibt ohne weiteres, daß der Schutz, welcher in dieser Vorschrift gegenüber Klagen wegen unzulässiger Einwirkungen gewährt ist, nur solchen Anlagen zuteil werden soll, die in dem von der Gewerbeordnung geregelten Verfahren Genehmigung gefunden haben. Der anstatt dieser Fassung später auf Antrag des Abgeordneten Dr. Baehr und Genossen angenommene § 26 des heutigen Wortlautes hat an dem ursprünglichen Inhalte des Paragraphen nichts geändert, sondern ist nur genauer im Ausdrucke (vgl. die Ausführungen oben im § 2 unter III).

Daß unter den im § 26 erwähnten Anlagen nur solche des § 16 zu verstehen sind, die nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung obrigkeitlich genehmigt worden sind, ergibt endlich auch die Erwiderung des Abgeordneten Dr. Baehr, mit der er bei den Reichstagsverhandlungen über den Entwurf der Gewerbeordnung der Behauptung des Bundeskommissars Dr. Michaelis begegnete, sein Antrag (§ 26 betr.) bezöge sich auch auf solche gewerbliche Anlagen, für die das Genehmigungsverfahren der Gewerbeordnung nicht vorgeschrieben sei. Dr. Baehr hat damals ausgeführt, für den zweiten Satz seines Antrags (den heutigen § 26) treffe der Vorwurf nicht zu. Wenn es dort heiße: „kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbe-

betriebs . . . gerichtet werden", so habe er doch damit seinen Antrag gerade auf diejenigen Fälle begrenzt, wo die Bestimmungen der Gewerbeordnung (§§ 16 ff.) an Stelle des nicht mehr passenden privatrechtlichen Schutzes treten.[15])

II. Da unter den mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlagen nur solche des § 16 GewO. zu verstehen sind, die dem Genehmigungsverfahren nach §§ 17 ff. GewO. unterlegen haben und in diesem Verfahren genehmigt worden sind, so genießen die im folgenden unter 1—5 bezeichneten Anlagen den Schutz des § 26 GewO. nicht. Ihnen gegenüber können vielmehr die auf Grund des Nachbarrechts erhobenen Klagen im vollen Umfange geltend gemacht, namentlich auch auf Einstellung des Gewerbebetriebs und Beseitigung der Anlage gerichtet werden.

1. Gewerbliche Anlagen anderer als der im § 16 GewO. aufgeführten Art, zu deren Errichtung die besondere Genehmigung nach der Gewerbeordnung nicht erforderlich ist (nicht genehmigungspflichtige Anlagen).[16])

§ 16 Abs. 2 zählt die Anlagen, die der Genehmigung der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde bedürfen, in erschöpfender Weise auf.

Das ergibt sich schon aus § 16 Abs. 3, wo bestimmt ist, daß das in § 16 Abs. 2 aufgestellte Verzeichnis nur durch Beschluß des Bundesrates, vorbehaltlich der Genehmigung des nächstfolgenden Reichstages, erweitert oder verringert werden kann. Solange ein solcher Beschluß nicht ergeht, sind nur die in dem Verzeichnis aufgezählten Anlagen genehmigungspflichtig.

Diese Auffassung kann auch aus der Entstehungsgeschichte des § 16 begründet werden. Im Entwurf hatte dieser Paragraph folgenden Wortlaut: „Zur Errichtung der nachstehend verzeichneten Anlagen . . ., nämlich: Schießpulverfabriken usw. . . ., ist die Genehmigung der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde erforderlich.[17]) Aus diesem Wortlaute geht deutlich hervor, daß nur

---

[15]) Stenogr. Ber. Bd. 1 S. 282.

[16]) Maudry a. a. O. S. 371; Stößel, GewO. Anm. zu § 26; Hoffmann, GewO. § 26 Anm. 2; Reiß, GewO. § 26 Anm. 4.

[17]) Druckf. d. Reichstags 1869 Nr. 13 S. 6 ff.

die in der Aufzählung enthaltenen Anlagen der Genehmigung bedürfen. Erst auf Antrag des Abgeordneten Dr. Baehr ist aus dem Vordersatze das Verzeichnis der genehmigungspflichtigen Anlagen entfernt und nachgestellt worden, ohne daß dadurch eine Änderung des Inhaltes dieser Vorschrift herbeigeführt werden sollte.

Zur Errichtung einer anderen als der im § 16 genannten gewerblichen Anlage bedarf es selbst dann nicht der besonderen Genehmigung, wenn sie durch die örtliche Lage oder die Beschaffenheit der Betriebsstätte für die Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke oder für das Publikum überhaupt erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen kann (vgl. § 16 Abs. 1 GewO.).

Unter diese Anlagen, auf welche die Bestimmungen der §§ 17—22 GewO. nicht anwendbar sind, sind zu rechnen Pulverniederlagen, Knochenlager, Kartoffelstärkefabriken, Asphaltkochereien und Pechsiedereien, soweit sie innerhalb des Gewinnungsortes des Materials errichtet werden, Zuckerfabriken usf.[18])

Solche Anlagen stellen sich auch dann nicht als „mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete Anlagen" im Sinne des § 26 GewO. dar, wenn sie auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften, insbesondere nach einer vom baupolizeilichen Standpunkte aus erfolgten Prüfung obrigkeitliche Genehmigung erlangt haben.[19]) Denn diese auf Grund landesrechtlicher Bestimmungen erteilten Genehmigungen sind wohl zu unterscheiden von der besonderen obrigkeitlichen Genehmigung des § 26. Jene werden von dem Abschnitte der Gewerbeordnung über „Anlagen, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen", nicht berührt. Das sprechen die Motive zur Gewerbeordnung (Druckf. des Reichstags 1869 Nr. 13 S. 59) klar aus, wenn sie ausführen, daß in der Überschrift zu jenem Abschnitte der Ausdruck „besondere Genehmigung" gewählt worden sei, „um dem Mißverständnisse vorzubeugen, als sei bei den gewerblichen Anlagen, welche § 16 nicht aufzählt, die allgemeine baupolizeiliche Genehmigung künftig nicht mehr nötig".

[18]) vgl. Hörle a. a. O. S. 369 Anm. 19.

[19]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 3; v. Schicker, GewO. § 26 Anm. 4.

2. Die gewerblichen Anlagen des § 16 GewO., soweit sie dem Genehmigungsverfahren der Gewerbeordnung, obwohl es für sie vorgeschrieben ist, nicht unterlegen und deshalb die erforderliche besondere Genehmigung nicht erlangt haben.

3. Solche Anlagen, die zwar dem Genehmigungsverfahren unterlegen haben, denen aber die Genehmigung versagt worden ist.

4. Anlagen der gleichen Art, die zwar die obrigkeitliche Genehmigung nach der Gewerbeordnung von der zuständigen Behörde erlangt haben, bei denen aber das Genehmigungsverfahren entsprechend den Vorschriften in §§ 17 ff. GewO. nicht durchgeführt worden ist.

Ist z. B. die nach § 17 Abs. 2 GewO. erforderliche Bekanntmachung unterblieben, den Parteien nicht über die erhobenen Einwendungen, wie es § 19 Abs. 2 GewO. vorschreibt, Gehör geschenkt oder über die Widersprüche nicht nach § 19 unter Beobachtung der in § 21 GewO. gegebenen Vorschriften entschieden worden, so treten trotz der darnach erteilten Genehmigung die in § 26 GewO. festgesetzten Wirkungen dem widersprechenden Nachbar gegenüber nicht ein.[20])

5. Die vor dem Erlasse der Reichsgewerbeordnung in Gemäßheit der damaligen landesgesetzlichen Vorschriften genehmigten oder ohne Genehmigung errichteten gewerblichen Anlagen.[21])

§ 26 Gew. hat keine rückwirkende Kraft. Sollte seine Geltung sich auch auf die nach Maßgabe der früheren landesgesetzlichen Vorschriften genehmigten Anlagen erstrecken, so hätte das in der Gewerbeordnung ausdrücklich hervorgehoben werden müssen, da auch sonst, wenn eine Vorschrift der Gewerbeordnung rückwirkende Kraft erhalten hat, dies im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist (vgl. §§ 25, 50, 52 GewO.). Daraus, daß solches nicht geschehen ist, ist der Wille des Gesetzes zu entnehmen, daß es hinsichtlich der vor dem Erlasse der Gewerbeordnung errichteten genehmigten Anlagen bei den allgemeinen Rechtsbestimmungen zu bleiben hat. Diesem Willen des Gesetzes und damit auch dem Inhalte des

---

[20]) vgl. Urt. d. OLG. Dresden v. 12. 7. 1897, Annalen Bd. 20 S. 61.

[21]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 3 S. 219; Gallenkamp im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 728.

Gesetzes würde es widersprechen, wenn man § 26 auf die genannten Anlagen, für die er rückwirkend d. h. unmittelbar nicht gilt, analog d. h. mittelbar anwenden wollte. Selbst wenn die vor dem Erlasse der Reichsgewerbeordnung erteilte Genehmigung auf Grund eines dem heutigen Genehmigungsverfahren der Gewerbeordnung entsprechenden Verfahrens und unter denselben Gesichtspunkten wie heute erfolgt ist, kann § 26 auf die mit solcher Genehmigung errichtete Anlage auch nicht mittelbar angewendet werden.[22])

Vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches war solchen mit Genehmigung der Obrigkeit errichteten gewerblichen Anlagen vielfach landesrechtlich ein der Vorschrift des § 26 GewO. entsprechender Schutz verliehen. Diese landesrechtlichen Bestimmungen hatte die Reichsgewerbeordnung unberührt gelassen.[23]) Seit der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches sind sie aber aufgehoben; denn in Art. 81 EG. z. BGB. ist bestimmt, daß der Inhalt des Eigentums und seine Wirkungen, namentlich die aus dem Eigentum sich ergebenden Befugnisse, ausschließlich nach neuem Rechte zu beurteilen sind.[24])

III. Zu den gewerblichen Anlagen, welche den Schutz des § 26 GewO. genießen, gehören nach § 16 GewO. auch die Stauanlagen für Wassertriebwerke, soweit sie nach Maßgabe der §§ 17 ff., 23 Abs. 1 GewO. Genehmigung erlangt haben.[25])

Dieser Schutz kommt aber nicht nur der Stauanlage als solcher, sondern auch dem Wassertriebwerke insofern zugute, als nach § 26 keine Änderung der Stauanlage verlangt werden kann, die eine Einstellung des Wassertriebwerkes zur Folge haben müßte.

Das ergibt sich aus folgendem: Erst dadurch, daß die Stauanlage einer gewerblichen Anlage z. B. einem Elektrizitätswerke zu dienen bestimmt ist, wird sie selbst zu einer gewerblichen An-

---

[22]) Anderer Meinung ist Gallenkamp a. a. O. S. 728; ebenso Urt. d. RG. v. 12. 11. 1887, Entsch. Bd. 19 S. 356 ff.

[23]) Urt. d. RG. v. 20. 5. 1884, Entsch. Bd. 11 S. 186 ff.

[24]) vgl. JurW. 1900 S. 500, 561, 639, 690; 1901 S. 52, 293, 545.

[25]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 3a. E.; Kaiser-Steiniger, GewO. § 26 Anm. 4.

lage. Deshalb sind auch nach § 16 GewO. nicht Stauanlagen als solche, sondern nur Stauanlagen für Wassertriebwerke genehmigungspflichtig. Wenn nun § 26 GewO. bestimmt, daß einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber die Klage wegen unzulässiger Einwirkung auf ein Nachbargrundstück niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs gerichtet werden darf, so ist unter dem Gewerbebetrieb, dessen Fortsetzung nicht durch derartige Klagen in Frage gestellt werden soll, nicht nur der Betrieb der Stauanlage als solcher zu verstehen, sondern auch der des Wassertriebwerkes, für das die Stauanlage obrigkeitlich genehmigt worden ist.[26])

IV. § 26 GewO. schützt außer den mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlagen des § 16 GewO. auch die mit solcher Genehmigung hergestellten wesentlichen Änderungen in der Lage oder Beschaffenheit der Betriebsstätte oder in dem Betriebe der im § 16 GewO. genannten Anlagen.

Derartige Veränderungen bedürfen nach § 25 GewO. der Genehmigung der zuständigen Behörde und unterliegen dem Genehmigungsverfahren der §§ 17 ff. GewO. Nur kann auf Antrag des Unternehmers von der Bekanntmachung des § 17 abgesehen werden, wenn die Verwaltungsbehörde zur Überzeugung gelangt, daß die beabsichtigte Veränderung für die Besitzer oder Bewohner benachbarter Grundstücke oder das Publikum überhaupt neue oder größere Nachteile, Gefahren oder Belästigungen, als mit der vorhandenen Anlage verbunden sind, nicht herbeiführen werde. Die Genehmigung ist aber nicht nur für die oben bezeichneten Veränderungen der unter der Herrschaft der Reichsgewerbeordnung genehmigten Anlagen des § 16 GewO., sondern aller Anlagen der im § 16 aufgeführten Art erforderlich. Genehmigungspflichtig sind somit auch Veränderungen derjenigen Anlagen, die bereits vor der Geltung der Reichsgewerbeordnung bestanden haben, gleichgültig ob sie mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtet wurden oder damals solcher nicht bedurften (§ 25 Abs. 2 GewO.).

Daß gegenüber den mit obrigkeitlicher Genehmigung hergestellten Anlageveränderungen der gedachten Art eine Klage auf

---

[26]) Erk. d. RG. v. 5. 10. 1901 bei Reger Bd. 22 S. 153.

Einstellung des Gewerbebetriebs zufolge der Vorschrift des § 26 GewO. nicht statthaft ist, folgt, abgesehen von dem Zwecke des § 26, schon daraus, daß diese Bestimmung dem § 25, der über die obrigkeitliche Genehmigung der Veränderungen Bestimmung trifft, nachfolgt, jener also sich schon äußerlich auf diesen mit bezieht. Der Zweck des § 26, der den Schutz aller dem Genehmigungsverfahren der Gewerbeordnung unterworfenen Anlagen erstrebt, läßt endlich darüber keinen Zweifel offen, daß der § 26 auch für die dem Genehmigungsverfahren der Gewerbeordnung unterworfenen Änderungen der Anlagen zu gelten hat.

Ist die Änderung einer gewerblichen Anlage des § 16, die selbst nach Maßgabe der §§ 17 ff. Genehmigung gefunden hatte, nicht genehmigt worden (oder sind bei erteilter Genehmigung wesentliche Vorschriften über das Genehmigungsverfahren [§§ 17 ff.] verletzt worden — vgl. oben II, 4 –), so stellt sich die gesamte veränderte Anlage als eine teils genehmigte — die alte Anlage — teils nicht genehmigte — die Veränderung — dar. Nur soweit diese Anlage nicht genehmigt ist, steht ihr der Schutz des § 26 nicht zur Seite. Die ganze Anlage aber entbehrt dieses Schutzes erst dann, wenn eine Scheidung in dieser Beziehung nicht möglich ist.[27])

V. Die Frage, wann der Schutz des § 26 GewO. einsetzt, ist umstritten. Daß er vor Fertigstellung der Anlage nicht gegeben ist, wird allgemein anerkannt. Die einen[28]) behaupten nun, er greife ein, sobald die Anlage errichtet ist. Die anderen machen die Anwendung des § 26 davon abhängig, daß die Anlage bereits in Betrieb genommen worden ist. Diese Ansicht wird namentlich von Landmann (Anm. 4 zu § 26) und Mandry (§ 30 Nr. 3) vertreten. Sie stützen sich zur Begründung ihrer Auffassung hauptsächlich auf den Wortlaut des Gesetzes. Eine Klage auf „Einstellung des Gewerbebetriebs", welche durch § 26 ausgeschlossen werde, sei nur nach Beginn des Betriebes möglich.

[27]) vgl. Reger Bd. 14 S. 2 (Urt. d. preuß. OVG. v. 19. 1. 1893).

[28]) Schenkel, GewO. Bd. 1 S. 170; v. Schicker, GewO. Bd. 1 § 26 Anm. 5; Kaiser-Steiniger, GewO. § 26 Anm. 5; Dr. Bähr in der Krit. VSchr. Bd. 23 S. 551, n. F. Bd. 6.

Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten.[29]) Die bei der zweiten Lesung des Entwurfs angenommene Fassung des heutigen § 26 schloß jeden Zweifel darüber aus; denn es hieß dort: „Ist eine Anlage genehmigt und ... ausgeführt worden, so kann nicht mehr auf Änderung oder Beseitigung der Anlage erkannt werden". Der Schutz dieser Vorschrift sollte also bereits mit der Aufführung der Anlage eintreten. Durch die Annahme der heutigen Fassung ist, wie oben (§ 2 III, § 5 I) dargelegt wurde, eine inhaltliche Änderung auch in dieser Beziehung nicht vorgenommen worden. Auch heute darf demnach als Voraussetzung der Anwendbarkeit jener Vorschrift nicht der Beginn des Gewerbebetriebes gefordert werden.

Das ergibt sich aber auch noch aus folgendem:

Der Abschn. 2 des Titels 2 der Gewerbeordnung befaßt sich unter 1. mit der Frage, inwieweit gewerbliche Anlagen zur Errichtung besonderer Genehmigung bedürfen. Abschn. 3 dagegen handelt von der Ausübung der Gewerbebefugnisse. Sollte nun für die Anwendbarkeit des § 26 der Beginn des Gewerbebetriebes Voraussetzung sein, so hätte diese Vorschrift nicht im Abschn. 2 unter dem von der Errichtung der Anlagen handelnden Teile der Gewerbeordnung Aufnahme finden dürfen, sondern wäre vielmehr im Abschn. 3 am Platze gewesen. Hier steht ja auch der mit § 26 zusammenhängende § 51 GewO., der entsprechend die Benutzung und nicht nur die Errichtung der Anlage zur Voraussetzung hat.

Daß § 26 bereits nach Errichtung der Anlage vor Beginn des Gewerbebetriebes Anwendung zu finden hat, folgt endlich aus dem bei den Reichstagsverhandlungen über § 26 zum Ausdrucke gelangten Zwecke dieser Vorschrift. „Die äußerste Konsequenz des Eigentums" soll durch sie vermieden werden. Diese besteht aber nach heutigem Rechte nicht nur darin, daß die Einstellung des Betriebes, sondern daß sogar die Beseitigung einer Anlage erzwungen werden kann. Im § 907 BGB. ist der Anspruch auf Beseitigung einer gefahrdrohenden Anlage begründet. Der Zweck des § 26 GewO. erfordert zweifellos, daß auch diese die

[29]) vgl. Dr. Gallenkamp, Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht u. Prozeß Bd. 1 S. 729 ff.

Betriebseinstellung noch übertreffende Konsequenz des Eigentums gegenüber Anlagen, die mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtet worden sind, eine Einschränkung erfährt. Dann aber hat in diesem Falle § 26 Anwendung zu finden bei einer errichteten, aber noch nicht in Betrieb genommenen Anlage; denn der im § 907 BGB. begründete Beseitigungsanspruch ist — seinem Charakter als vorbeugendes Schutzmittel entsprechend — bereits vor Beginn des Gewerbebetriebs gegeben.

VI. Über den Umfang des in § 26 GewO. den Fabrikanlagen gewährten Schutzes ist folgendes auszuführen:

Der Schutz reicht nur so weit, als sich die Genehmigung der Anlage erstreckt. Wenn eine Genehmigung unter Bedingungen erteilt war, der Betriebsunternehmer aber die Anlage ohne Erfüllung dieser Bedingungen errichtet und in Betrieb genommen hat, so genießt der Teil der Anlage, der jenen Bedingungen widerspricht, den Schutz des § 26 nicht.[30]) Ist eine Scheidung des gegen die vorgeschriebenen Bedingungen errichteten und betriebenen Teils der Anlage von der übrigen Anlage nicht durchführbar, so entbehrt die gesamte Anlage des in § 26 normierten Schutzes.[31])

VII. Mit dem Erlöschen der der Anlage erteilten obrigkeitlichen Genehmigung endigt auch der Schutz des § 26 GewO.

Über das Erlöschen der Genehmigung ist folgendes zu sagen:

1. Die Verwaltungsbehörde ist nicht berechtigt, die Genehmigung der Anlage beliebig zu widerrufen. Sie kann die Genehmigung nur in den vom Gesetz (§ 51 GewO.) bestimmten Fällen sowie nach vorgängigem Verzichte seitens des Unternehmers zurücknehmen. Mit dieser Zurücknahme erlischt dann die Genehmigung.

2. Nach § 49 GewO. erlischt die Genehmigung einer Anlage der im § 16 GewO. bezeichneten Art von Rechts wegen, d. h.

---

[30]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 4; vgl. auch Urt. d. RG. v. 11. 11. 1882 (Seufferts Arch. Bd. 38, n. F. 8, Nr. 159 S. 211); Urt. d. OLG. Karlsruhe v. 6. 12. 1888 (bei Reger Bd. 10 S. 385); Urt. d. OLG. Dresden v. 17. 2. 1893 (Blums Annalen Bd. 15 S. 126); Hörle a. a. O. S. 372 Anm. 21; v. Schicker, GewO. § 26 Anm. 5; Marcinowsky, GewO. Anm. zu § 26.

[31]) vgl. auch die Strafbestimmungen in § 147 Ziff. 2 Abs. 3 GewO.

ohne daß es eines besonderen die Erlöschung aussprechenden Beschlusses der Behörde bedarf, dadurch, daß

a) die von der genehmigenden Behörde festgesetzte Frist, binnen der die Anlage begonnen, ausgeführt und der Gewerbebetrieb angefangen werden muß, unbenutzt verstreicht (§ 49 Abs. 1 Satz 1 GewO.). Wird der Gewerbebetrieb erst nach Ablauf dieser Frist begonnen, so steht der Klage auf Einstellung des Betriebes wegen unzulässiger Einwirkung auf ein Nachbargrundstück § 26 nicht entgegen;

b) der Inhaber der Genehmigung, dem die unter a erwähnte Frist nicht bestimmt ist, ein Jahr vorübergehen läßt, ohne von der Genehmigung Gebrauch zu machen, d. h. ohne die Anlage zu errichten und den Gewerbebetrieb zu beginnen (§ 49 Abs. 1 Satz 2 GewO.). Auch hier bietet § 26 für die erst nach unbenutztem Ablaufe des Jahres errichtete und betriebene Anlage keinen Schutz mehr;

c) der Unternehmer seinen Gewerbebetrieb während eines Zeitraumes von drei Jahren eingestellt hat, ohne eine Fristung nachgesucht und erhalten zu haben (§ 49 Abs. 3 GewO.). Falls der Unternehmer darnach seinen Betrieb wieder aufnimmt, haben die Klagen auf Einstellung des Gewerbebetriebes wegen unzulässiger Einwirkung auf ein Nachbargrundstück ungehemmten Lauf.

Was bisher von der Genehmigung einer gewerblichen Anlage des § 16 ausgeführt worden ist, dürfte auch von der Genehmigung einer wesentlichen Veränderung der Betriebsstätte oder des Betriebes solcher Anlagen zu gelten haben.[32])

3. Die Frage, ob bei Vornahme einer wesentlichen Änderung der Betriebsstätte oder des Betriebes der Anlagen des § 16 GewO., die nach § 25 GewO. der obrigkeitlichen Genehmigung bedarf, die frühere Genehmigung der Anlage erlischt, ist nicht zweifelsfrei.[33]) Aus dem Wortlaute des § 25 Satz 1 GewO.: „Die Genehmigung zu einer der in den §§ 16 u. 24 bezeichneten Anlagen bleibt so lange in Kraft, als keine Änderung in der Lage und Be-

[32]) v. Landmann, Anm. 2 zu § 49 S. 451.

[33]) vgl. v. Landmann, GewO. § 25 Anm. 2 S. 211.

schaffenheit der Betriebsstätte vorgenommen wird" könnte der Schluß gezogen werden, daß mit der Vornahme einer derartigen Änderung die Genehmigung der vorhandenen Anlage erlösche. Dies wird auch für den Fall zutreffen, daß sich die veränderte Anlage als eine einheitliche neue Anlage darstellt, d. h. eine Scheidung der alten Anlage und ihrer Veränderung nicht möglich ist. Die gesamte geänderte Anlage bedarf dann wegen des vollständigen Erlöschens der früheren einer erneuten Genehmigung. Wird aber die vorhandene Anlage nicht im vollen Umfange von der Veränderung betroffen, bewahrt sie vielmehr zum Teil ihre Selbständigkeit, so ist kein Grund ersichtlich, warum die Genehmigung auch für die noch selbständig vorhandene alte Anlage erlöschen sollte. Wollte das Gesetz diese Wirkung herbeiführen, so hätte es sich darüber wohl bestimmter ausgesprochen. Das Gegenteil scheint vielmehr aus § 25 Satz 2 GewO. hervorzugehen. Dort heißt es: „Sobald eine Veränderung der Betriebsstätte vorgenommen wird, ist dazu die Genehmigung der zuständigen Behörde ... erforderlich". Also nur zu der Veränderung als solcher, nicht auch zu der vorhandenen Anlage, soweit sie von der Veränderung unberührt bleibt, bedarf es neuer Genehmigung. Dann kann aber die ursprüngliche Genehmigung für die alte, von der Änderung nicht betroffene Anlage auch nicht erlöschen; denn sonst würde diese bei Genehmigung lediglich der Veränderung als solcher ohne Genehmigung bleiben und den Schutz des § 26 GewO. nicht mehr genießen. Das aber entspricht offenbar nicht der Absicht des Gesetzgebers. Deshalb kann angenommen werden, daß bei Vornahme einer Änderung nur dann die früher erteilte Genehmigung vollständig erlischt, wenn die vorhandene Anlage im vollen Umfange von der Änderung betroffen wird, daß die Genehmigung dagegen für die alte Anlage bestehen bleibt, wenn eine Scheidung dieser von der Veränderung durchführbar ist. Im ersten Falle entbehrt die gesamte veränderte Anlage, solange sie nicht obrigkeitlich genehmigt ist, des Schutzes von § 26 GewO.; im letzten Falle genießt solchen ununterbrochen wenigstens die alte Anlage.

4. Die einer Anlage erteilte Genehmigung erlischt nicht dadurch, daß die Anlage durch Feuersbrunst, Überschwemmung

u. dgl. der Vernichtung anheimfällt.[34]) Wird die Anlage der zerstörten genau entsprechend wieder aufgeführt, so besteht die ursprüngliche Genehmigung für die neu errichtete Anlage fort. § 26 GewO. ist nötigenfalls zu ihrem Schutze anzuwenden. Wenn die neue Anlage von der früheren abweicht, so greift § 25 GewO. Platz, d. h. dann bedarf sie insoweit erneuter Genehmigung und genießt ohne solche den Schutz des § 26 GewO. nicht.

5. Verzicht des Gewerbetreibenden auf die Genehmigung bringt diese nicht zum Erlöschen;[35]) denn die von der Verwaltungsbehörde erteilte Genehmigung schafft kein subjektives, sondern objektives, der Verfügung des einzelnen entzogenes Recht.[36]) Wie oben unter 1. ausgeführt worden ist, kann aber die Behörde zufolge des Verzichts die Genehmigung zurücknehmen, wodurch diese dann zum Erlöschen gebracht wird.

Da die Genehmigung objektives Recht schafft, wird sie auch nicht durch den Wechsel in der Person des Begründers oder Besitzers der genehmigten gewerblichen Anlage berührt.

6. Das Erlöschen der Genehmigung einer Anlage, welches jederzeit dadurch eintreten kann, daß die fernere Benutzung dieser Anlage durch die höhere Verwaltungsbehörde wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl untersagt wird (§ 51 GewO.), kommt als Endigungsgrund für den im § 26 GewO. gewerblichen Anlagen gewährten Schutz praktisch nicht in Betracht. Durch das Verbot der ferneren Benutzung der Anlage ist dem Rechtsschutzanspruch des Nachbarn vollständig genügt. Es erübrigt sich für ihn, seine Ansprüche wegen der Immissionen im Wege der Zivilklage geltend zu machen. Der Betriebsunternehmer kommt also deshalb gar nicht in die Lage, den Schutz des § 26 für sich in Anspruch nehmen zu wollen.

---

[34]) v. Landmann, GewO. § 48 Anm. 8b S. 459.

[35]) A. M. v. Landmann, GewO. § Anm. 8a S. 457 ff.

[36]) Otto Mayer, Deutsches VerwR. Bd. 1 S. 110, 287 ff.

§ 6.

Die Dampfkesselanlagen des § 24 GewO.

I. Unter die mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlagen des § 26 GewO., denen gegenüber wegen benachteiligender Einwirkungen auf ein benachbartes Grundstück niemals im Wege der Klage auf Grund des bestehenden Rechtes Einstellung des Gewerbebetriebes verlangt werden kann, sind auch die nach § 24 GewO. obrigkeitlich genehmigten Dampfkesselanlagen zu rechnen.

Über die Richtigkeit dieser Auslegung des § 26 herrscht wohl allgemeines Einverständnis.[37])

Sie findet ihre Begründung sowohl in der Stellung des § 26 hinter dem § 24 — sollte sich § 26 nicht mit auf § 24 beziehen, so hätte er jedenfalls vor diesem Platz gefunden — als auch in dem Wortlaute des § 26, der ohne Einschränkung alle gewerblichen Anlagen, soweit sie nach Maßgabe der Vorschriften der Gewerbeordnung obrigkeitliche Genehmigung gefunden haben, unter seinen Schutz nimmt.

§ 24 GewO. handelt nun zwar nicht nur von Dampfkesseln, die einem Gewerbebetriebe dienen, sondern von allen Dampfkesseln, mögen sie zum Landwirtschafts- oder Bergwerkbetriebe oder zu anderen Zwecken bestimmt sein (vgl. v. Landmann Anm. 2 zu § 24 S. 201). Trotzdem bezieht sich § 26 auf alle diese Dampfkesselanlagen. Denn dem zur Anlegung von Dampfkesseln jeder Art nach § 24 GewO. erforderlichen Genehmigungverfahren entspricht mit Notwendigkeit ein allen diesen Anlagen ohne Rücksicht auf den Zweck, dem sie dienen sollen, gleichmäßig zu gewährender Schutz nach Maßgabe des § 26. Mit dieser Auffassung stimmen auch die Ausführungen des Abgeordneten Dr. Baehr bei den Reichstagsverhandlungen über den Entwurf der Gewerbeordnung überein, der mit dem § 26 ohne Ausnahme alle die Fälle treffen wollte, bei denen die nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung notwendige obrigkeitliche Genehmigung gewisser Anlagen an Stelle

[37]) v. Landmann, Gew. § 26 Anm. 3 S. 219/20.

des nicht mehr passenden privatrechtlichen Schutzes gegen solche Anlagen treten sollte.

Daraus, daß § 24 vor der Genehmigung der Dampfkesselanlagen nicht die öffentliche Bekanntmachung der beabsichtigten Anlage und die Erörterung über erhobene Einwendungen entsprechend den Vorschriften in §§ 17 u. 19 GewO. verlangt, kann ein Einwand gegen die Auffassung, daß § 26 auch für die Dampfkessel zu gelten hat, zutreffend nicht hergeleitet werden. Denn bei Dampfkesseln liegt, wie die Motive zur Gewerbeordnung (Drucksachen des Reichstags 1869 Nr. 13 S. 62) aussprechen, für ein Publikationsverfahren, wie es die §§ 17 ff. GewO. regeln, keine Veranlassung vor, weil die Praxis eine Reihe von Schutzvorkehrungen gegen Gefahr hergestellt hat, durch welche auch den Bedürfnissen der Nachbarn begegnet wird.

II. Das, was im vorhergehenden, über die mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlagen handelnden Paragraphen unter II, 2, 3, 4, 5, IV, V, VI u. VII gesagt worden ist, hat auch in entsprechender Weise für die Dampfkesselanlagen zu gelten.

1. Den Schutz des § 26 genießen demnach nur die mit obrigkeitlicher Genehmigung nach Maßgabe des § 24 GewO. errichteten Dampfkesselanlagen, nicht also solche:

a) die dem Genehmigungsverfahren nach § 24 GewO. nicht unterlegen und deshalb die erforderliche Genehmigung nicht erhalten haben;

b) denen nach vorausgegangenem Verfahren gemäß § 24 dann die Genehmigung nicht erteilt worden ist;

c) die zwar genehmigt worden sind, bei denen aber wesentliche Vorschriften des Genehmigungsverfahrens nach § 24 GewO. verletzt worden sind;

d) die vor der Geltung der Reichsgewerbeordnung errichtet worden sind.

2. § 26 GewO. unterstellt auch die mit obrigkeitlicher Genehmigung nach Maßgabe des § 24 vorgenommenen wesentlichen Änderungen der Betriebsstätte oder des Betriebs der Dampfkesselanlagen seinem Schutze.

3. Der Schutz des § 26 setzt mit der vollendeten Errichtung, nicht erst mit dem Beginne des Betriebs der Dampfkesselanlage ein.

4. Er reicht nur so weit, als sich das Genehmigungsverfahren erstreckt hat und die Genehmigung erteilt worden ist. Demgemäß gilt er nur für Dampfkessel und nicht auch für die übrige Anlage, falls dieser nicht etwa selbst als genehmigungspflichtigen Anlage des § 16 GewO. jener Schutz zukommt. Die zum Dampfkessel gehörige Feuerungsanlage, die der obrigkeitlichen Genehmigung nicht bedarf, steht somit außerhalb des Schutzes von § 26 GewO.[38])

5. Er endigt mit dem Erlöschen der der Dampfkesselanlage erteilten obrigkeitlichen Genehmigung.

§ 7.

Unternehmungen, die dem öffentlichen Verkehre dienen.

I. Die Geltendmachung des im Nachbarrechte begründeten Anspruchs auf Einstellung des Gewerbebetriebes wegen unzulässiger Einwirkung auf ein Nachbargrundstück ist außer gegenüber den mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlagen der §§ 16 u. 24 GewO. auch gegenüber Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnlichen Verkehrsunternehmungen ausgeschlossen, soweit landesgesetzlich die Erstreckung der Vorschrift des § 26 GewO. auf diese Unternehmungen bestimmt ist.

Die Landesgesetzgebung ist zu solcher Ausdehnung der Vorschrift des § 26 berechtigt nach Art. 125 EG. z. BGB., welcher lautet:

> „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Vorschrift des § 26 GewO. auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen erstrecken".

Diese Gesetzesbestimmung findet ihre Begründung darin, daß ein Anspruch auf Einstellung des Betriebes der bezeichneten Art

---

[38]) v. Landmann, GewO. Bd. 1 S. 220 § 26 Anm. 3 und S. 202; Hoffmann, GewO. § 26 Anm. 2; v. Schicker, GewO. § 26 Anm. 5.

dem öffentlichen Interesse an seinem Fortbestande widersprechen würde.[39])

Von ihr ist in fast allen deutschen Staaten — in Bayern Art. 80, Württemberg Art. 218, Sachsen § 28, Hessen Art. 92, Mecklenburg-Schwerin § 106, Mecklenburg-Strelitz § 104, Braunschweig § 46, Sachsen-Weimar § 118, Sachsen-Altenburg § 73, Sachsen-Coburg-Gotha Art. 25, Sachsen-Meiningen Art. 16, Anhalt Art. 44, Schwarzburg-Sondershausen Art. 35, Schwarzburg-Rudolstadt Art. 74, Reuß ä. L. § 105, Reuß j. L. § 73 und Lübeck § 72 AG. z. BGB. — Gebrauch gemacht worden.

Wo in dieser Weise landesrechtlich die Anwendung des § 26 GewO. auch gegenüber Unternehmungen, die dem öffentlichen Verkehre dienen, zugelassen ist, kann der belästigte Nachbar solcher Unternehmungen dann nur Herstellung von schützenden Einrichtungen oder in zweiter Linie Entschädigung fordern.

Die Bestimmung des § 26 inhaltlich zu ändern, ist die Landesgesetzgebung nicht befugt; denn das würde eine Abänderung des Reichsrechtes durch Landesrecht bedeuten, die nach dem Grundsatze „Reichsrecht bricht Landesrecht" (vgl. Art. 55 EG. z. BGB.) unzulässig ist. Demnach kann landesrechtlich insbesondere der Anspruch auf Schadloshaltung nicht von einem Verschulden abhängig gemacht werden (vgl. unten § 10 IV).[40])

Nicht ein Unterschied des Inhalts, sondern des Anwendungsgebietes ist darin zu finden, daß § 26 die Klage auf Einstellung des Gewerbebetriebs nur denjenigen Anlagen gegenüber ausschließt, die mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtet worden sind, während Art. 125 den Schutz des § 26 den von ihm aufgeführten Verkehrsunternehmungen ohne jene Einschränkung zuspricht. Das Anwendungsgebiet des § 26 ist nicht maßgebend für das des Art. 125, da das Anwendungsgebiet dieses Artikels in ihm selbst bestimmt ist.[41])

II. Im Königreich Sachsen ist die Klage auf Einstellung des Betriebs den Eisenbahnunternehmungen gegenüber schon vor

[39]) Prot. der Kommission für die 2. Lesung des Entw. d. BGB. Bd. 3 S. 379 unter VI.

[40]) Planck, Komm. z. BGB. Bd. 6 Anm. zu Art. 125.

[41]) Planck, Komm. z. BGB. Bd. 6 Anm. zu Art. 125.

dem Jahre 1900, seit dem das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft ist, zwar nicht zufolge ausdrücklicher Gesetzesbestimmung, wohl aber auf Grund anerkannter Rechtsprechung nicht zugelassen worden.[42]) In den Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden sind in Bd. 14 S. 151, 156, 157 und in Bd. 15 S. 41ff. Entscheidungen dieses Inhaltes wiedergegeben:

Man hat daraus, daß durch Gesetz (vgl. Gesetz wegen Abtretung des zur Erbauung einer von Leipzig nach Dresden anzulegenden und nach Befinden bis zur Grenze zu verlängernden Eisenbahn erforderlichen Grundeigentums v. 3. 7. 1835 und Verordnung v. 11. 4. 1853, 13. 6. 1862 bezw. 21. 11. 1870 sowie v. 18. 2. 1878 in Verbindung mit der Verordnung v. 2. 6. 1852) den Unternehmern sogar das Recht gewährt worden ist, das zum Baue der Eisenbahnen notwendige Gelände durch Enteignung von den bisherigen Eigentümern zu erwerben, den Schluß gezogen, daß es den Eigentümern der der Bahn angrenzenden Grundstücke nicht gestattet sein kann, wegen der durch den Bahnbetrieb den Nachbargrundstücken zugefügten Belästigungen auf Einstellung des Betriebs zu klagen. Insoweit sei das allgemeine bürgerliche Recht, auf das solche Klagen gestützt werden könnten, insbesondere die §§ 358, 359 sächs. BGB., durch die oben zitierten Gesetze als leges speciales außer Wirkung gesetzt worden.[43])

Ferner hat man ausgeführt, daß von der Staatsgewalt, die den Bau von Eisenbahnen genehmigt habe, mit dieser Genehmigung sogleich die Anordnung getroffen worden sei, daß die benachbarten Grundeigentümer die ihre Grundstücke benachteiligenden Einwirkungen, welche der Eisenbahnbetrieb mit sich bringen würde, zu dulden hätten. Die Nachbarn könnten mit der Negatorienklage nicht die ganze oder teilweise Beseitigung der Bahnanlage verlangen, da der Bau einer Eisenbahn mit staatlicher Genehmigung im öffentlichen Interesse vorgenommen würde.[44])

[42]) Mat. zu dem sächs. AG. z. BGB. S. 51.
[43]) OLG. Dresden, Annalen Bd. 15 S. 41.
[44]) OLG. Dresden, Annalen Bd. 14 S. 151.

Die Gründe, die dafür angeführt worden sind, daß bei Eisenbahnen eine Klage auf Einstellung des Betriebes keine Anwendung finden könnte, ließen auch für die übrigen genehmigten Unternehmungen, die dem öffentlichen Verkehre zu dienen bestimmt waren, meist den gleichen Schluß zu.[45]) Hierüber waren aber weder gesetzliche Vorschriften gegeben noch maßgebende Entscheidungen ergangen.

Die Rechtsungewißheit in dieser Beziehung vergrößerte sich mit dem Inkrafttreten des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches und des Einführungsgesetzes dazu am 1. 1. 1900. Der Art. 125 EG. behielt den Landesgesetzgebungen ausdrücklich das Recht vor, die Schutzvorschrift des § 26 GewO. auch auf die Unternehmungen des öffentlichen Verkehrs auszudehnen. Falls nun die Landesgesetzgebung von diesem Rechte keinen Gebrauch machte, konnte daraus möglicherweise ihr Wille gefolgert werden, die Klage auf Beseitigung der Unternehmungen zuzulassen. Da es aber billig erschien, dem Eigentümer eines Grundstückes einem Unternehmen gegenüber, das dem öffentlichen Verkehre und damit der Allgemeinheit dient, dieselben Beschränkungen aufzuerlegen als einer Privatperson gegenüber, die mit obrigkeitlicher Genehmigung ein Gewerbe hauptsächlich im eigenen Interesse betreibt, und um allen Zweifeln über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Klage auf Einstellung des Betriebes bei Verkehrsunternehmungen zu begegnen, wurde im Gesetz, die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuches v. 18. 8. 1896 und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche von demselben Tage betr., v. 18. 6. 1898 im § 28 bestimmt:

> „Die Vorschrift des § 26 GewO. findet auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Unternehmungen, welche dem öffentlichen Verkehre dienen, entsprechende Anwendung".[46])

Sonach kann heute in Sachsen bei allen Unternehmungen, die dem öffentlichen Verkehre dienen, seien es private oder öffentliche, obrigkeitlich genehmigte oder ohne solche Genehmigung er-

---

[45]) Mat. zu dem sächs. AG. S. 51.
[46]) Mat. zu dem sächs. AG. S. 164

richtete, niemals der Nachbar wegen unzulässiger Einwirkungen auf sein Grundstück auf Grund der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches die Einstellung des Betriebes verlangen, sondern nur Schutzvorrichtungen oder, wo solche untunlich sind, Entschädigung fordern.[47])

B. Sein Schutzmittel.

§ 8.

Ausschluß der Klage auf Betriebseinstellung.

§ 26 GewO. bestimmt:

> „Soweit die bestehenden Rechte zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen, welche von einem Grundstück aus auf ein benachbartes geübt werden, dem Eigentümer oder Besitzer des letzteren eine Privatklage gewähren, kann diese Klage ... niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes gerichtet werden".

I. Die Klage auf Betriebseinstellung ist nach dieser Vorschrift des § 26 nur insoweit ausgeschlossen als sie erhoben werden könnte unmittelbar auf Grund des Gesetzes („die bestehenden Rechte") und wegen unzulässiger Einwirkungen, die von der Anlage aus auf ein Nachbargrundstück geübt werden. Sie ist demnach zulässig

1. wenn sie sich nicht unmittelbar auf das Gesetz, sondern auf einen besonderen privatrechtlichen Titel, z. B. auf einen persönlichen Vertrag oder eine Grunddienstbarkeit stützt,[48]) und

2. sofern sie nicht wegen unzulässiger Einwirkung sinnlich wahrnehmbarer sogen. Imponderabilien, sondern z. B. deshalb erhoben wird, weil die lästige Anlage auf einem im Eigentum des Klägers stehenden Grundstücke errichtet worden ist.[49])

---

[47]) vgl. Kloß, Sächs. Landesprivatrecht § 66 V S. 159.

[48]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 2 S. 218; Kaiser-Steiniger, GewO. § 26 Anm. 3; v. Schicker, GewO. § 26 Anm. 2.

[49]) v. Schicker, GewO. § 26 Anm. 3.

Aus dem Wortlaute des § 26 könnte gefolgert werden, daß Klagen auf Betriebseinstellung wegen benachteiligender Einwirkungen auch dann zulässig sind, wenn diese ein anderes als das unmittelbar benachbarte Grundstück treffen. Jedoch kann in solchen Fällen gleichfalls gemäß § 26 niemals Einstellung des Betriebs wirksam verlangt werden.[50]) Denn die Beschränkung, die § 26 dem unmittelbaren Nachbar auferlegt, ist im besonderen Maße bei den entfernter gelegenen Grundstücken gerechtfertigt, weil diese durch die von der Anlage ausgehenden Einwirkungen weit weniger in Mitleidenschaft gezogen werden. Auch ist nach §§ 17 ff. GewO. nicht etwa nur dem unmittelbaren Nachbar, sondern jedermann Gelegenheit gegeben, vor der Errichtung der Anlage seine Einwendungen geltend zu machen.

II. Schon vor der Geltung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches waren nach dem „bestehenden Rechte" Zivilklagen der im § 26 gedachten Art gegeben. Dem gemeinen Rechte war allerdings eine Klage auf Betriebseinstellung fremd. Mit der actio negatoria konnte der Kläger nur verlangen, daß der Beklagte die unerträglichen Einwirkungen auf sein Grundstück unterlasse.[51]) Dagegen konnte nach einzelnen Partikularrechten unter besonderen Voraussetzungen Einstellung des Betriebes gefordert werden. Die hauptsächlichsten dieser Partikularrechte waren das revidierte lübische Recht (Bd. 3 Titel 12 Art. 11 u. 12) und das Rostocker Stadtrecht (Bd. 3 Titel 12 Art. 14 u. 16).

Das „bestehende Recht" von heute ist das Bürgerliche Gesetzbuch.[52]) Hier sind Klagen auf Abwehr benachteiligender Einwirkungen zum Schutze des Eigentümers in den §§ 907 u. 1004 sowie zum Schutze des Besitzers im § 862 begründet. Außerdem kommt Art. 124 EG. z. BGB. in Betracht. Nach diesem bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten des Nachbarn noch anderen als den im Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Beschränkungen unterwerfen.

---

[50]) v. Staudinger, Komm. z. BGB. § 906 Anm. 2 f γ.

[51]) vgl. RG. in Zivils. Bd. 37 S. 175; Windscheid, Pand. Bd. 1 S. 865.

[52]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 2.

Gemäß § 907 BGB. kann der Eigentümer eines Grundstücks von dem, der eine Anlage hält, die Beseitigung dieser Anlage verlangen, wenn mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihre Benutzung eine insbesondere nach §§ 903, 906 BGB. unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge haben wird. Genügt die Anlage aber den landesgesetzlichen Vorschriften, welche einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt. Da der Eigentümer nach § 907 sogar die Beseitigung der Anlage verlangen kann, hat er auch das Recht, die Einstellung des Betriebs als das Geringere zu fordern.

§ 1004 BGB. berechtigt ferner den Eigentümer eines Grundstücks, dessen Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes, insbesondere durch nach §§ 903, 906 BGB. unzulässige Einwirkungen einer Anlage beeinträchtigt wird, von dem Störer (nicht schlechthin dem Eigentümer der belästigenden Anlage: RG. in Zivils. Bd. 45 S. 297) Beseitigung der Beeinträchtigung zu verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann auf Unterlassung geklagt werden. Darnach ist es möglich, bei Klagen wegen unzulässiger Einwirkung den Antrag auch auf Einstellung des störenden Betriebs zu richten. Dem Miteigentümer, Erbbauberechtigten, Grunddienstbarkeitberechtigten, dem Nießbraucher und dem zu einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit Berechtigten stehen nach §§ 1011, 1017 Abs. 2, 1027, 1065, 1090 BGB. die Rechte aus §§ 907 u. 1004 BGB. in entsprechender Weise zu.

Wird weiterhin der Besitzer eines Grundstücks ohne seinen Willen und ohne gesetzliche Erlaubnis im Besitz gestört, so kann er nach § 862 BGB. von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen. Auch in diesem Falle ist es möglich, bei unzulässigen Einwirkungen einer Anlage Einstellung des störenden Betriebes zu beantragen.

Dieser possessorische Schutz steht in entsprechender Weise dem Teilbesitzer, Mitbesitzer und mittelbaren Besitzer nach §§ 865, 866 (1011), 869 BGB. zu.

Wird endlich der Besitzer eines Grundstücks (auch der Teilbesitzer, Mitbesitzer und mittelbare Besitzer) durch unzulässige Einwirkung des benachbarten Gewerbebetriebs in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuche eingetragenen Grunddienstbarkeit oder beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gestört, so genießt er entsprechend den oben bezeichneten Besitzschutz, soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung mindestens einmal ausgeübt worden ist (§§ 1029, 1090 BGB.).

III. Die auf §§ 907, 1004 u. 862 BGB. gestützten Klagen werden durch § 26 GewO. eingeschränkt, und zwar nicht nur dann, wenn der Klagantrag auf Einstellung des Gewerbebetriebs gerichtet ist, sondern auch für den Fall, daß nur die Beseitigung oder Unterlassung weiterer durch den Betrieb hervorgerufener Beeinträchtigungen und Störungen gefordert wird, sofern die begehrte Beseitigung oder Unterlassung eine Einstellung des Gewerbebetriebs zur unvermeidlichen Folge haben müßte. Die Einstellung des Gewerbebetriebs, d. h. der Verwendung der gewerblichen Anlage zu dem Zwecke, für den sie bestimmt ist, kann sonach weder unmittelbar noch mittelbar im Wege der Klage begehrt werden. Sie kann ferner auch nicht im Wege der Zwangsvollstreckung zur Vollstreckung eines Urteils auf Beseitigung unzulässiger Einwirkungen herbeigeführt werden.[53])

§ 26 GewO. kommt weiter in Anwendung, wenn zwar nicht die Einstellung des ganzen Fabrikbetriebes, wohl aber des dazu gehörigen Maschinenbetriebes verlangt wird.[54])

Endlich hindert § 26 nicht nur die dauernde, sondern auch die vorläufige Betriebseinstellung.[55]) Dagegen steht er dem Verlangen auf stundenweise Einstellung des Betriebs, insbesondere während der Nacht, dann nicht im Wege, wenn diese Einstellung tunlich und mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes vereinbar ist[56]) (vgl. unten § 9 IV).

---

[53]) Seufferts Arch. Bd. 29 S. 165.

[54]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 4 a. E.

[55]) Seufferts Arch. Bd. 29 S. 165.

[56]) Neukamp, GewO. § 26 Anm. 3; RGE. v. 17. 2. 1902 (im Recht Bd. 6 S. 155 Nr. 766).

§ 9.

Klage auf Herstellung von Schutzvorrichtungen.

An Stelle der nicht zulässigen Klage auf Einstellung des Gewerbebetriebs kann der Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks, soweit ihm das objektive Recht eine Zivilklage zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen seitens eines Nachbargrundstücks auf sein Grundstück gewährt, mit dieser Klage nach § 26 GewO. Herstellung von Einrichtungen verlangen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen.

I. Der rechte Kläger (aktiv legitimiert) für solche Klagen ist, wenn sie auf das Eigentum gestützt werden, der Eigentümer, Miteigentümer, Erbbauberechtigte, Grunddienstbarkeitberechtigte, Nießbraucher und der zu einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit Berechtigte (§§ 907, 1004, 1011, 1017 Abs. 2, 1027, 1065, 1090 BGB.), ferner wenn die Klage lediglich auf Grund des Besitzes erhoben wird, der unmittelbare oder mittelbare Besitzer, der Teilbesitzer sowie der Mitbesitzer des benachteiligten Grundstückes (§§ 862, 869, 865, 866 BGB.).

II. Der rechte Beklagte (passiv legitimiert) ist der Störer, d. h. derjenige, durch dessen Willen der das Eigentum beeinträchtigende Zustand besteht oder von dessen Willen die Beseitigung dieses Zustandes abhängt.[57]) Bei einer Anlage, von der unzulässige Einwirkungen ausgehen, ist nicht derjenige, welcher sie errichtet hat, als solcher gegenüber dem Anspruche passiv legitimiert, sondern derjenige, welcher die Anlage hält. Denn er ist gegenwärtig allein in der Lage und verpflichtet, die Störung zu beseitigen.[57]) Der Störer braucht nicht mit dem Eigentümer des belästigenden Grundstückes identisch zu sein. Es ist vielmehr Tatfrage, ob der Eigentümer als solcher für die Störung haftet. Er kann nur dann neben dem Störer in seiner Eigenschaft als Eigentümer belangt werden, wenn es besondere Umstände rechtfertigen, insbesondere wenn ein Verschulden seinerseits vorliegt.

[57]) Planck, BGB. Bd. 3 3. Aufl. Anm. 3 zu § 1004 S. 331.

Falls die Störung in fremdem Auftrage verübt wird, so kann die Klage sowohl gegen den Auftraggeber als auch gegen den Beauftragten gerichtet werden.[58]) Behauptet der Beklagte, die Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks in Ausübung des Rechts eines Dritten vorgenommen zu haben, so kann er sich durch nominatio auctoris des Prozesses entledigen (§§ 77, 76 ZPO.).

III. Für die Klage auf Herstellung von Schutzvorrichtungen ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke das beeinträchtigte Grundstück liegt (§ 24 ZPO.); denn sie stellt sich ebenso wie die actio negatoria als eine Klage dar, durch welche das Eigentum an einer unbeweglichen Sache geltend gemacht wird.[59])

IV. Der Klagantrag ist in allgemeiner Fassung darauf zu richten, daß Einrichtungen hergestellt werden, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen.[60]) Der Begriff der herzustellenden Einrichtungen ist nicht zu eng zu fassen. So muß als eine solche Einrichtung auch die Maßnahme angesehen werden, der zufolge der Betrieb für gewisse Stunden, insbesondere zur Nachtzeit eingestellt wird. Die Herstellung derartig bestimmter Einrichtungen zu verlangen, ist aber weder wünschenswert noch in jedem Falle angängig. Der Kläger wird selten ein Interesse an der Herstellung einer bestimmten Art von Schutzvorkehrungen haben. Ihm wird daran liegen, daß überhaupt Vorrichtungen getroffen werden, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen. Sobald solche Vorrichtungen — gleichgültig welcher Art — vorhanden sind, ist sein Interesse befriedigt. Abgesehen ferner von der Schwierigkeit für den Kläger, eine zweckmäßige Vorkehrung anzugeben — der Beklagte ist nicht verpflichtet, dem Kläger Zutritt zu seiner Anlage zum Zwecke der Feststellung der erforderlichen Einrichtungen zu gestatten — und der Unbilligkeit, die Bestimmung der Art der zu treffenden Einrichtungen einer Mitwirkung des Betriebsunternehmers zu entziehen, ist die Forderung

---

[58]) Dernburg, Sachenrecht 3. Aufl. § 125 Ziff. 3.

[59]) vgl. Gaupp-Stein, ZPO. Bd. 1 8. u. 9. Aufl. § 24 Anm. 3 S. 76.

[60]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 5; v. Schicker, GewO. § 26 Anm. 8; Hörle a. a. O. bei Anm. 31.

bestimmter Abhilfevorrichtungen vielfach sogar unzulässig, weil die Herstellung derartiger Einrichtungen meist eine Änderung der Betriebsstätte oder eine Veränderung des Betriebes bedeutet, die nach § 25 GewO. nur mit Genehmigung der Verwaltungsbehörde stattfinden darf. Es ist Sache dieser Behörde, die neuen Einrichtungen zu prüfen und gegebenenfalls zu genehmigen, nachdem der Unternehmer zur Herstellung von Schutzvorkehrungen verurteilt worden ist. Die Frage, welche Einrichtungen zur Beseitigung der Störungen notwendig und zulässig sind, ist daher in der Regel erst im Vollstreckungsverfahren zu entscheiden.[61])

Da auch möglicherweise hier erst entschieden wird, ob überhaupt die Herstellung von Abhilfevorrichtungen tunlich und mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes vereinbar ist, so empfiehlt es sich, den Klagantrag stets von vornherein auch auf Schadloshaltung für den Fall zu stellen, daß schützende Einrichtungen untunlich oder mit dem gehörigen Gewerbebetriebe unvereinbar sind.

Wenn § 26 GewO. bestimmt, daß die Herstellung von Einrichtungen gefordert werden darf, welche „die benachteiligende Einwirkung ausschließen", so ist damit nicht ausgesprochen, daß Einrichtungen getroffen werden müßten, die jede Einwirkung beseitigen. Mit der Klage können vielmehr nur Vorkehrungen verlangt werden, welche die Einwirkungen auf das zulässige Maß zurückführen;[62]) denn unter den auszuschließenden benachteiligenden Einwirkungen im Sinne des § 26 sind lediglich solche zu verstehen, die der Eigentümer eines Grundstücks nach § 906 BGB. nicht zu dulden verpflichtet ist.

Ist die Herstellung von Einrichtungen, welche die nach § 906 BGB. unzulässigen Einwirkungen vollständig ausschließen, nicht möglich, so kann der Klagantrag auch auf Herstellung von Vorkehrungen gerichtet werden, durch welche die Beseitigung jener unzulässigen Einwirkungen wenigstens teilweise erreicht wird.[63])

---

[61]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 5.

[62]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 5; Rohmer a. a. O. Bd. 21 S. 81.

[63]) Marcinowsky, GewO. Anm. zu § 26; Urt. d. RG. v. 26. 5. 1892 bei Reger Bd. 12 S. 377.

V. Die klagbegründenden Tatsachen sind folgende:

a) Es wird auf dem Nachbargrundstück eine mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete gewerbliche Anlage des § 16 oder § 24 GewO. oder eine Unternehmung des öffentlichen Verkehrs gehalten, von der mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihre Benutzung eine benachteiligende Einwirkung auf das dem Kläger gehörende Grundstück zur Folge hat. Genügt die Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so gehört zum Klaggrund, daß die benachteiligende Einwirkung tatsächlich hervorgetreten ist (§ 907 BGB.).

b) Von der mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage des § 16 oder § 24 GewO. oder dem für den öffentlichen Verkehr bestimmten Unternehmen aus werden Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen oder ähnliche Einwirkungen auf das dem Kläger gehörende Grundstück durch eine besondere Leitung oder ohne solche zugeführt (§§ 903, 906, 1004 BGB.).

Weder hier noch im Falle unter a gehört zur Begründung des Klaganspruchs, daß den Beklagten an der bereits eingetretenen oder der drohenden Beeinträchtigung ein Verschulden trifft.[64])

c) Der klagende Besitzer wird durch verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB.) in seinem Besitze gestört. Die Störung besteht in der Zuführung von unzulässigen Einwirkungen seitens einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage der genannten Art oder eines dem öffentlichen Verkehre dienenden Unternehmens auf das im Besitz des Klägers befindliche Grundstück (§ 862 BGB.).

VI. Der Beklagte kann eine Reihe von Einwendungen erheben.

1. Gegenüber dem klagenden Eigentümer kann er geltend machen

a) insbesondere im Falle des § 907 BGB., die Einwirkung sei zulässig;

---

[64]) vgl. Planck Anm. 2d zu § 1004 S. 331.

b) der Eigentümer sei zur Duldung der Einwirkung verpflichtet auf Grund dinglichen oder obligatorischen Vertrags oder zufolge gesetzlicher Eigentumsbeschränkung, wie sie sich namentlich aus §§ 226, 904, 905 Satz 2 u. 906 BGB. ergeben. Nach § 906 kann der Beklagte einwenden, daß die Benutzung des Grundstücks des Klägers durch die Einwirkung der Anlage nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt werde, oder daß die wesentliche Beeinträchtigung des Grundstücks des Klägers durch eine Benutzung der Anlage des Beklagten herbeigeführt werde, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich sei.

Die Einwendungen aus § 906 BGB. — nicht aber die aus Vertrag — sind ohne Erfolg, wenn die Zuführung der benachteiligenden Einwirkung durch eine besondere Leitung erfolgt.

2. Gegenüber dem klagenden Besitzer stehen dem Beklagten die Einwendungen aus §§ 861 Abs. 2, 864 Abs. 1 u. 2 BGB. zur Seite. Nach § 863 BGB. kann sich der Beklagte auf ein Recht zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung berufen, daß die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei.

3. Ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger auf Grund seines Eigentums (petitorisch) oder nur seines Besitzes (possessorisch) klagt, kann der Beklagte dem Antrage auf Herstellung von Schutzvorkehrungen entgegensetzen, daß die Herstellung solcher Einrichtungen untunlich oder mit dem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sei.

Wann letzteres vorliegt, ist Tatfrage. Es ist z. B. der Fall, wenn das Anbringen der Vorrichtungen unmöglich, von der Verwaltungsbehörde endgültig untersagt oder unverhältnismäßig kostspielig ist, oder wenn zufolge der getroffenen Einrichtungen die Aufrechterhaltung eines ordnungsmäßigen, gewinnbringenden Betriebes ganz oder teilweise verhindert werden würde.[65])

Im Gegensatz zu den unter 1. und 2. aufgeführten Einwendungen des Beklagten, die, falls sie begründet sind, notwendig zu einer Abweisung der Klage führen, bewirkt die Geltendmachung

---

[65]) Hörle a. a. O. Anm. 40 u. 41; Entsch. d. RG. v. 26. 2. 1892 bei Reger Bd. 12 S. 377; RG. v. 7. 10. 1897 (JurW. 1897 S. 610).

des hier unter 3. behandelten Einwandes zunächst nur den Ausschluß des Anspruchs auf Herstellung von abhelfenden Einrichtungen. Der Kläger ist dann immer noch berechtigt, Schadloshaltung zu fordern.

4. Wendet der Beklagte ein, die bei Klageerhebung vorhandene unzulässige Einwirkung auf das Nachbargrundstück habe während des Prozesses aufgehört, er habe unterdessen ausreichende Schutzvorkehrungen getroffen, so ist trotzdem dem Klagantrage stattzugeben.[66]) Denn der im Eigentum wurzelnde, die negatorische Klage auf Einstellung des Gewerbebetriebes ersetzende Anspruch auf Herstellung von Einrichtungen ist ein dauernder, solange die Anlage selbst besteht.[67]) Er erlischt daher insbesondere nicht dadurch, daß zunächst einmal die Einwirkungen aufgehört haben oder schützende Vorrichtungen getroffen worden sind. War die Klage zur Zeit der Klageerhebung begründet, so hat, da auch dem belästigten Eigentümer nicht zugemutet werden kann, für jeden Fall erneuter Beeinträchtigung durch die gewerbliche Anlage wieder zu klagen, auf seine erste Klage hin ein dem Klageantrag entsprechendes Erkenntnis zu ergehen. Das Urteil setzt den Kläger dann in die Lage, bei neuen Belästigungen sofort die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Für den Beklagten enthält die Verurteilung insofern keine Unbilligkeit, als die Zwangsvollstreckung aus dem Urteile dann nicht betrieben werden kann, wenn wirklich ausreichende Schutzvorkehrungen getroffen worden sind. Seine Verurteilung ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Beseitigung oder Nichtanwendung dieser Einrichtungen als unmöglich erscheint und überhaupt nicht mehr in Frage kommt.[68])

5. Der verklagte Betriebsunternehmer kann nicht die Verjährung des Anspruchs auf Herstellung von Schutzvorkehrungen geltend machen, soweit sie überhaupt in Anbetracht des § 198 BGB. in Frage kommt; denn dieser Anspruch ist, wenn er auf §§ 903, 906, 1004 BGB. gestützt wird, nach § 902 BGB. als ein An-

---

[66]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 5; Hoffmann, GewO. § 26 Anm. 2; Neukamp, GewO. § 26 Anm. 6; v. Schicker, GewO. § 26 Anm 9.

[67]) v. Bernewitz, RGewO. 7. Aufl. Bd. 1 Anm. 8 zu § 26.

[68]) Urt. d. RG. v. 11. 12. 1901 in Seufferts Arch. Bd. 57 Nr. 37 S. 63.

spruch aus eingetragenem Rechte (dem Eigentum) der Verjährung nicht unterworfen.[69]) Wird er auf Grund des § 907 BGB. geltend gemacht, so ergibt sich seine Unverjährbarkeit aus § 924 BGB.

VII. Über die Beweislast im Rechtsstreite ist folgendes zu sagen:

Der Eigentümer, der auf Herstellung von Schutzvorkehrungen klagt, hat lediglich sein Eigentum und dessen Beeinträchtigung durch die mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete Anlage des § 16 GewO. ff., der Besitzer seinen Besitz und dessen Störung durch verbotene Eigenmacht seitens der genannten Anlagen zu beweisen.

Falls der Kläger als Eigentümer im Grundbuche eingetragen ist, wird vermutet, daß er Eigentümer sei (§ 891 BGB.). Er ist dann insoweit des Beweises enthoben.

Verlangt der Kläger nicht Herstellung von abhelfenden Einrichtungen, sondern Einstellung des Betriebs oder Beseitigung der Anlage, so hat der Beklagte, der die Unzulässigkeit einer solchen Klage auf Grund des § 26 GewO. behauptet, zu beweisen, daß seine Anlage eine mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete gewerbliche Anlage des § 16 GewO., eine genehmigte Dampfkesselanlage des § 24 GewO. oder ein Unternehmen der im Art. 125 EG. z. BGB. bezeichneten Art ist.

Der Beklagte ist ferner für die unter VI. erörterten Einwendungen beweisbelastet.

VIII. Der Tenor des Urteils, das dem auf Herstellung von Schutzvorkehrungen gerichteten Klagantrage stattgibt, ist entsprechend diesem Antrage allgemein zu fassen. Er hat auf Herstellung von Einrichtungen zu lauten, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen. Bestimmte Einrichtungen sind auch dann nicht vorzuschreiben, wenn sich die Parteien über die Art der zutreffenden Schutzvorkehrungen geeinigt haben. Denn der Richter hat stets damit zu rechnen, daß sich derartige Einrichtungen als eine Änderung der Betriebsstätte oder des Betriebs der Anlage darstellen können, die nach § 25 GewO. der Genehmigung der Ver-

[69]) Kretzschmar, Sachenrecht § 906 Anm. 5 S. 159.

waltungsbehörde bedarf. Durch ein Urteil, in dem der Richter den Beklagten die Herstellung bestimmter Einrichtungen auferlegt, würde er sowohl der Entscheidung der Verwaltungsbehörde darüber, ob die neue Vorrichtung genehmigungspflichtig ist, als auch der Erteilung der Genehmigung durch die zuständige Behörde in unzulässiger Weise vorgreifen.

Die Bestimmung der notwendigen Vorkehrungen hat, falls sich die Verwaltungsbehörde nicht etwa schon vor der Urteilsfällung über ihre Genehmigungsbedürftigkeit und die Erteilung der Genehmigung schlüssig geworden ist, im Zwangsvollstreckungsverfahren unter Mitwirkung der Verwaltungsbehörde zu erfolgen.

IX. Ist das Urteil rechtskräftig geworden, das den Beklagten zur Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, ohne genaue Bestimmung dieser Einrichtungen verurteilt, so kann der Gläubiger, falls der Schuldner nicht freiwillig ausreichende Schutzvorkehrungen gegen die lästigen Einwirkungen trifft, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteile betreiben. Es ist umstritten, in welcher Weise diese zu erfolgen hat. Folgende Meinungen werden vertreten:

Die Herstellung abhelfender Einrichtungen wird als eine Handlung angesehen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann.[70]) Für das Zwangsvollstreckungsverfahren hat dann § 887 ZPO. Anwendung zu finden, d. h. der Gläubiger ist von dem Prozeßgericht erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen.

Andere[71]) meinen, die dem Schuldner durch das Urteil aufgegebene Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, sei eine durch Dritte nicht vornehmbare Handlung. Infolgedessen habe, falls die Herstellung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhänge, die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO. zu erfolgen. Diese Vorschrift bestimmt, daß auf Antrag des Gläubigers der Schuldner durch Erkenntnis des Prozeßgerichts erster Instanz zur Vornahme der Handlung durch

---

[70]) Roth, Grundeigentum und Immissionen S. 75.

[71]) Hörle a. a. O. bei Anm. 37; Rassow bei Gruchot Jahrg. 1899 S. 686.

Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mk. oder durch Haft anzuhalten sei.

Die Auffassung, die in der Herstellung von Schutzvorkehrungen eine unvertretbare Handlung erblickt, hat zur Folge, daß dann, wenn die Vornahme der Herstellung nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners, sondern z. B. auch von dem Vorhandensein genügender Geldmittel abhängt, die Zwangsvollstreckung weder auf Grund des § 887 noch gemäß § 888 ZPO. zulässig erscheint. Alsdann wäre das Urteil unmittelbar überhaupt nicht erzwingbar. Der Gläubiger müßte sich damit begnügen, nach § 893 ZPO. seinen Anspruch auf Leistung des Interesses geltend zu machen.

Der oberste Gerichtshof vertritt im Beschlusse v. 8. 4. 1899 (Gruchot 43. Jahrg. S. 683) die Ansicht, daß § 888 ZPO. nicht anwendbar sei, und begründet sie folgendermaßen: Solange es nicht feststehe, welche bestimmte Einrichtungen getroffen werden sollten, lasse sich nicht beurteilen, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen eine Vollstreckung auf Grund des § 888 ZPO. statthaft sei, nämlich ob die zu vollstreckende Handlung nicht durch einen Dritten vorgenommen werden könne und ob sie ausschließlich vom Willen des Schuldners abhänge.

Mit derselben Begründung läßt sich aber gleichzeitig die Anwendbarkeit des § 887 ZPO. ablehnen, indem man ausführt, solange nicht bestimmt sei, welche Art von Einrichtungen hergestellt werden sollte, sei nicht zu ersehen, ob die Voraussetzung des § 887 zutreffe, d. h. ob die Herstellung der Schutzvorkehrungen sich als eine Handlung darstelle, die durch Dritte vorgenommen werden könne.

Da nun aber aus den Ausführungen des Reichsgerichts zu entnehmen ist, daß es den Schuldner auf Grund des in Frage stehenden Urteils als verpflichtet ansieht, in positiver Weise durch Vornahme einer Handlung tätig zu werden, so kommen andere Bestimmungen als die §§ 887 u. 888 ZPO. für das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht in Betracht. Sind beide Vorschriften nach dem oben Dargelegten unanwendbar, so ist der Gläubiger, falls er den Vollstreckungsantrag nicht auf Herstellung bestimmter Vorkehrungen richten kann, stets auf die Geltendmachung seines Interesseanspruchs nach Maßgabe des § 893 ZPO.

beschränkt. Die Möglichkeit, im Vollstreckungsantrag bestimmte Einrichtungen anzugeben, ist aber für den Gläubiger aus denselben Gründen wie beim Klagantrag in den meisten Fällen ausgeschlossen; denn der Betriebsunternehmer ist auch nach der Urteilsfällung nicht verpflichtet, dem Gläubiger oder einem von ihm beauftragten Sachverständigen den Zutritt zu seiner Anlage zu gestatten. Der Gläubiger ist sonach schon aus diesem Grunde außerstande, festzustellen, welche Vorkehrungen in zweckmäßiger Weise die schädigende Einwirkung beseitigen würden.

Wollte man den Standpunkt des Reichsgerichts mit seinen Folgen für richtig halten, so wäre das dem Kläger anstatt des ihm entzogenen Einstellungsanspruchs gewährte Recht auf Herstellung von Schutzvorkehrungen ein meist vom guten Willen des Beklagten abhängiges, den Ausschluß der Klage auf Betriebseinstellung nicht rechtfertigendes Surrogat. In den meisten Fällen würde der belästigte Eigentümer verpflichtet sein, die benachteiligende Einwirkung gegen eine Entschädigung zu dulden.

Das aber widerspricht offenbar dem Inhalte des § 26 GewO. und führt zu durchaus unbilligen, den Kläger benachteiligenden Ergebnissen; denn oft wird dieser das größte berechtigte Interesse daran haben, daß die lästigen Einwirkungen auf sein Grundstück unterbleiben, und daß er nicht gegen Empfang einer Entschädigung wider seinen Willen dauernd den schädlichen Immissionen preisgegeben ist.

Der angezogene Beschluß des Reichsgerichts, der zu dem beschriebenen unbefriedigenden Ergebnis führt, verneint selbst nur die Anwendbarkeit des § 888 ZPO. für die Zwangsvollstreckung aus Urteilen, die allgemein auf Herstellung von Schutzvorkehrungen lauten. Er spricht sich aber nicht darüber aus, in welcher Weise die Zwangsvollstreckung aus dem bezeichneten Urteile zu erfolgen hat.

Die Frage ist m. E. folgendermaßen zu entscheiden:

Dem Eigentümer eines Grundstückes, auf das von einer gewerblichen Anlage aus unzulässige, d. h. das Maß des § 906 BGB. überschreitende Einwirkungen ausgeübt werden, steht, zunächst abgesehen von der Spezialvorschrift des § 26 GewO., nach § 1004 BGB. ein Anspruch auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen

zu, da es sich in diesen Fällen stets um wiederkehrende Störungen handelt, die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen beim Fortbestande der Anlage sonach begründet ist. Dieser Anspruch auf Unterlassung weiterer Störungen wird auf Grund der Bestimmung des § 890 ZPO. vollstreckt. Darnach ist der Schuldner wegen jeder Zuwiderhandlung der ihm im Urteil auferlegten Verpflichtung, gewisse Beeinträchtigungen zu unterlassen, auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgericht erster Instanz nach vorgängiger Strafandrohung zu einer Geldstrafe bis zu 1500 Mk. oder zur Strafe der Haft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das Maß der Gesamtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen. Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden.

Der nach § 1004 BGB. dem belästigten Eigentümer gewährte Anspruch auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen ist durch die Vorschrift des § 26 GewO. nicht etwa beseitigt, sondern lediglich zugunsten des Betriebsunternehmers eingeschränkt worden. Seinem Inhalte nach ist der in § 26 GewO. normierte Anspruch auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, nicht auf Vornahme einer positiven Tätigkeit, sondern im Grunde genommen ebenfalls darauf gerichtet, daß der Betriebsunternehmer die benachteiligenden Immissionen unterläßt. Auch § 26 GewO. gibt also dem belästigten Eigentümer in erster Linie einen Unterlassungsanspruch, der sich von dem des § 1004 BGB. nur dadurch unterscheidet, daß er in einer für den Betriebsunternehmer milderen Form zur Durchführung zu gelangen hat. § 26 GewO. legt trotz seines Wortlautes nicht so sehr Wert darauf, daß irgendwelche Einrichtungen hergestellt, als daß vielmehr die benachteiligenden Einwirkungen ausgeschlossen, d. h. unterlassen werden.

Diese Auffassung des in § 26 GewO. normierten Anspruchs auf Herstellung von Schutzvorkehrungen wird durch folgende Erwägung gestützt:

Der belästigte Eigentümer hat kein Recht auf Herstellung bestimmter Einrichtungen. Er wird befriedigt nicht durch Herstellung einer bestimmten Art von Vorrichtungen, die möglicher-

weise den beabsichtigten Erfolg nicht vollständig oder nur zeitweise herbeiführen, sondern in jedem Falle durch das Aufhören der benachteiligenden Einwirkung. Dabei ist es gleichgültig, ob dieses Aufhören oder — subjektiv ausgedrückt — das Unterlassen der Immission eine Folge schützender Einrichtungen oder beispielsweise der freiwilligen Einstellung des Gewerbebetriebes ist; denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß ein zur Herstellung von Schutzvorkehrungen verurteilter Schuldner, der aus irgendwelchem Grunde vorzieht, die Störung durch Einstellung des Gewerbebetriebes zu beseitigen, vom Gläubiger keinesfalls zur Herstellung von Einrichtungen oder zur Leistung des Interesses gezwungen werden kann. Der Gläubiger ist vielmehr trotz seines urteilsmäßigen formellen Anspruchs auf Herstellung von Schutzvorrichtungen durch das Unterlassen der Beeinträchtigung zufolge Einstellung des Betriebs vollständig befriedigt.

Somit zwingt auch diese Erwägung zu dem Schlusse, daß der in § 26 festgesetzte Anspruch auf Herstellung von abhelfenden Einrichtungen sich seinem Inhalte nach lediglich als ein Anspruch darstellt, der den Schuldner zur Unterlassung der Beeinträchtigung verpflichtet.

Das spricht auch Rassow in seiner Abhandlung bei Gruchot 43. Jahrg. S. 683 ff. aus, wenn er sagt:

„Was das Urteil dem Beklagten auferlegt und was der Kläger jetzt im Wege der Zwangsvollstreckung vom Beklagten fordert, ist die Unterlassung der Immission".

Ist aber nach alledem der Schuldner auf Grund eines Urteils, das ihm die Herstellung von Einrichtungen befiehlt, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, lediglich zur Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen verpflichtet, so hat für das Vollstreckungsverfahren aus diesem Urteil nicht § 887 oder § 888 ZPO., sondern, gleichwie bei der Vollstreckung eines auf Grund des § 1004 BGB. ergangenen Erkenntnisses auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen, so auch hier § 890 ZPO. Anwendung zu finden.

Dagegen hat die Zwangsvollstreckung aus Urteilen oder auf Grund von Vollstreckungsanträgen, die bestimmte Einrichtungen bezeichnen, nach § 887 oder § 888 ZPO. zu erfolgen, je nachdem

die Vorrichtungen auch von dritten Personen oder nur vom Schuldner unter ausschließlicher Abhängigkeit von seinem Willen getroffen werden können.

In allen Fällen des Zwangsvollstreckungsverfahrens kann aber der Schuldner noch einwenden, daß die Herstellung von Schutzvorkehrungen untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes nicht vereinbar sei.[72]) Gelingt es ihm, diese Einwendung zu beweisen, so entfällt die Möglichkeit, ihn zur Unterlassung der Immission bezw. zur Herstellung bestimmter Einrichtungen zu zwingen. Der Gläubiger ist dann auf die Geltendmachung seines Anspruchs auf Schadloshaltung gemäß § 26 GewO. angewiesen.

§ 10.

Klage auf Schadloshaltung.

I. § 26 GewO. gewährt die Klage auf Schadloshaltung dem belästigten Eigentümer als Ersatz für die in ihrer vollen Wirkung versagte Eigentumsfreiheitsklage dann, wenn die Herstellung von Schutzvorkehrungen untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar ist. Sie ist keine Klage auf Schadensersatz im gewöhnlichen Sinne. Die im folgenden berührte Verschiedenheit des Anspruchs auf Schadloshaltung nach § 26 GewO. und des Anspruchs auf Schadensersatz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche kennzeichnet sich schon äußerlich in dem Gebrauche der verschiedenen Wörter. Das Wort Schadloshaltung stimmt zwar im praktischen Ergebnisse mit dem Ausdrucke Schadensersatz im wesentlichen überein, pflegt aber mehr von einer unmittelbar auf dem Gesetze beruhenden, als von einer wegen Delikts geschuldeten Entschädigung gebraucht zu werden.[73]) Die Klage auf Schadloshaltung nach § 26 GewO. dient lediglich dazu, dem Eigentümer eines der lästigen gewerblichen Anlage benachbarten Grundstückes für die Beschränkung seines Eigentumsrechtes, für die ihm der

[72]) Hörle a. a. O. bei Anm. 40.

[73]) Urt. d. RG. v. 29. 11. 1900 RG. in Zivils. Bd. 47 S. 99.

gewerblichen Anlage gegenüber im größeren Umfange auferlegte Pflicht zur Duldung von Immissionen eine Entschädigung zu gewähren. Soweit außerhalb dieser Eigentumsbeschränkung dem Eigentümer durch die benachteiligende Einwirkung Schaden im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches erwächst (z. B. dadurch, daß Funken aus dem Schlote der gewerblichen Anlage eine Scheune des Nachbars in Brand stecken), ist dieser nicht mit der Klage auf Schadloshaltung nach § 26 GewO., sondern mit der gewöhnlichen im Bürgerlichen Gesetzbuche geregelten Klage auf Schadensersatz geltend zu machen.

Der Charakter der im § 26 GewO. gewährten Klage auf Schadloshaltung als eines die Eigentumsfreiheitsklage ersetzenden, von der Schadensersatzklage des Bürgerlichen Gesetzbuches verschiedenen Rechtsschutzmittels hat zur Folge, daß sich ihre Voraussetzungen nicht nach dieser, sondern nach jener bestimmen.

II. Was in vorigen Paragraphen über Aktiv- und Passivlegitimation sowie über den Gerichtsstand ausgeführt worden ist, gilt auch hier.

III. Der Klagantrag ist auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme zu richten, deren endgültige Festsetzung zweckmäßig dem richterlichen Ermessen oder der Ausmittlung durch Sachverständige überlassen wird (vgl. § 92 ZPO.). Das Gericht entscheidet über den Antrag unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung (vgl. hierüber § 287 ZPO., der auch im übrigen Anwendung zu finden hat).

§ 26 GewO. ist nun nicht so auszulegen, daß der Kläger entweder nur Herstellung von Schutzvorkehrungen unter Ausschluß des Anspruchs auf Schadloshaltung oder nur Schadloshaltung unter Ausschluß des Herstellungsanspruchs beantragen könnte. Es hat der Kläger vielmehr das Recht dann, wenn sich ergibt, daß die Herstellung von abhelfenden Einrichtungen untunlich oder mit dem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar ist, Schadloshaltung zu fordern. Ist nur die Herstellung solcher Einrichtungen möglich, welche die unzulässige Einwirkung auf ein immer noch ungewöhnliches Maß herabsetzen, so bleibt dem Kläger unbenommen, seinen Anspruch auf Schadloshaltung geltend zu

machen, soweit er durch die getroffenen Vorkehrungen noch nicht befriedigt ist.[74])

IV. Wird die Klage von vornherein auf Schadloshaltung erhoben, so gehört außer dem im § 9 dieser Abhandlung unter V genannten Tatsachen noch die Behauptung zum Klaggrunde, daß die Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sei. Für die Wahrheit einer solchen Behauptung ist dann der Kläger beweisbelastet, anders als in dem Falle, wo der Beklagte sie als Einwendung gegenüber dem Anspruche auf Herstellung von Schutzvorkehrungen geltend macht.[75])

Daß das Vorliegen eines Verschuldens seitens des Beklagten nicht Voraussetzung des Anspruchs auf Schadloshaltung ist, folgt schon aus den Darlegungen oben unter I. Wie die Klage aus § 1004 BGB. auch dann begründet erscheint, wenn dem Beklagten an der Beeinträchtigung des fremden Eigentums ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) nicht beigemessen werden kann, so ist auch der an Stelle der Eigentumsfreiheitsklage getretene Anspruch auf Schadloshaltung von dem Vorliegen eines solchen Verschuldens unabhängig. Da dieser Anspruch andererseits gegenüber dem Schadensersatzanspruch des Bürgerlichen Gesetzbuches durchaus selbständig ist, so kann auch nicht das Vorliegen der Voraussetzungen für diesen Anspruch zur Begründung des ersteren erfordert werden. Endlich ergibt die rechtliche Natur des Anspruchs auf Schadloshaltung mit voller Deutlichkeit seine Unabhängigkeit von einem Verschulden auf seiten des Verpflichteten. Die rechtliche Natur dieses Anspruchs entspricht der des Entschädigungsanspruchs im Enteignungsverfahren.[76]) Durch die obrigkeitliche Genehmigung der gewerblichen Anlage wird eine Beschränkung des Privatrechts bewirkt, die billigerweise, also nicht ex delicto, eine Entschädigungspflicht des bevorzugten Betriebsunternehmers gegenüber der im Verhältnis zu anderen Grundstückseigentümern ungleichen Belastung des der Anlage benachbarten Eigentümers begründet.

[74]) v. Landmann, GewO. § 26 Anm. 5.
[75]) Hörle a. a. O. bei Anm. 44.
[76]) v. Landmann § 26 GewO. Anm. 5.

IV. Als Einwendungen des Beklagten gegen den vom Kläger geltendgemachten Anspruch auf Schadloshaltung kommen dieselben Behauptungen in Betracht, die im vorangehenden Paragraphen unter VI, 1, 2 erörtert worden sind. Das dort Gesagte hat hier in entsprechender Weise zu gelten.

Macht der Beklagte im Prozesse geltend, die unzulässigen Einwirkungen hätten nach der Klageerhebung aufgehört, so steht dieser Einwand seiner Verurteilung in der Hauptsache nur dann wirksam entgegen, wenn die Erneuerung der Immission unmöglich ist oder vollständig ausgeschlossen erscheint.

Die Einrede der Verjährung kann auch hier zufolge der §§ 902, 924 BGB. nicht berücksichtigt werden. § 902 Abs. 1 Satz 2 bestimmt zwar, daß die Unverjährbarkeit nicht für Ansprüche gilt, die auf „Schadensersatz" gerichtet sind. Diese Ausnahme trifft aber für den hier in Frage stehenden Anspruch auf Schadloshaltung nicht zu, da er seinem Charakter nach ein ganz anderer als der Schadensersatzanspruch des Bürgerlichen Gesetzbuches ist.

Der Beklagte kann sich endlich auch nicht auf die Vorschrift des § 254 BGB. stützen und einwenden, ein Verschulden des Eigentümers des beschädigten Grundstückes sei zu berücksichtigen; denn die Berücksichtigung eines konkurrierenden Verschuldens auf seiten des Klägers hat notwendig zur Voraussetzung, daß der geltendgemachte Anspruch sich auf ein Verschulden des Beklagten gründet. Bei der Klage auf Schadloshaltung nach § 26 GewO. bleibt aber, wie oben erörtert ist, ein solches außer Betracht.

V. Über die Beweislast ist das Gleiche wie bei der Klage auf Herstellung von Schutzvorkehrungen auszuführen, nur mit dem Unterschiede, der bereits hervorgehoben wurde, daß hier die Behauptung, die Herstellung von abhelfenden Einrichtungen sei untunlich oder mit dem Gewerbebetriebe unvereinbar, als klagbegründende Tatsache vom Kläger bewiesen werden muß.

VI. Das Urteil lautet entsprechend dem Klagantrage auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme. Für die zwangsweise Beitreibung der Urteilsforderung gelten die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen (§§ 803 ff. ZPO.).

§ 11.

Schlußwort.

I. Der den gewerblichen Anlagen uff. im § 26 GewO. gewährte Schutz enthält für die benachbarten Grundstückseigentümer eine zivilrechtliche Beschränkung ihres Eigentums, die erheblicher als die sonst vom Gesetze den Nachbarn im Interesse eines gedeihlichen Nebeneinanderwohnens auferlegte Einschränkung ist. Diese erweiterte Eigentumsbeschränkung erscheint aber aus folgenden Gründen gerechtfertigt:

1. In den durch die §§ 17 ff. GewO. geregelten Genehmigungsverfahren, das der Errichtung einer gewerblichen Anlage der im § 26 GewO. bezeichneten Art vorauszugehen hat, ist dem Nachbar hinreichend Gelegenheit geboten, seine Einwendungen gegen die Anlage vor ihrer Errichtung in unbeschränkter Weise geltend zu machen (vgl. § 4 dieser Abhandl.). Nach der Errichtung der Anlage muß der Nachbar mit seinem Widerspruche dem nach dem vorangegangenen Genehmigungsverfahren berechtigten Interesse des Unternehmers an dem Fortbestande seines Betriebes weichen.

2. Bei den Dampfkesselanlagen des § 24 GewO. ist die Bekanntmachung der neuen Anlage und die Berücksichtigung der erhobenen Widersprüche zwar in der Weise wie in den §§ 17 u. 19 GewO. nicht vorgesehen. Den Bedürfnissen der Nachbarn ist hier aber durch geeignete Schutzvorkehrungen, welche die Praxis hergestellt hat, entgegengekommen (vgl. § 6 I der Abhandl.). Die den Nachbarn von Dampfkesselanlagen auferlegte Eigentumsbeschränkung findet zudem noch in dem zur Errichtung solcher Anlagen erforderlichen Genehmigungsverfahren insofern genügend Rechtfertigung, als die Behörde vor der Errichtung der Anlage ihre Zulässigkeit nach den näheren Bestimmungen des § 24 II GewO. zu prüfen hat.

3. Die Errichtung von Unternehmen des öffentlichen Verkehrs hat in der Regel nicht ein den Vorschriften der §§ 17 ff. GewO. entsprechendes Genehmigungsverfahren zur Voraussetzung. In dieser Richtung ist also dem Nachbar keine ausreichende Berücksichtigung seiner Einwendungen gewährleistet. Die ihm gegenüber

derartigen Unternehmungen auferlegte Eigentumsbeschränkung erscheint aber trotzdem mit Rücksicht auf das überwiegende Interesse der Allgemeinheit an dem Bestande solcher Betriebe begründet.

II. Mit dem Anspruche auf Schadloshaltung sind die zivilrechtlichen Behelfe des Nachbarn gegenüber einer der genannten lästigen Anlagen erschöpft. Die Stärke der zu duldenden Immission wird nun zwar bei der Bestimmung der Höhe der Entschädigung noch gebührend berücksichtigt werden können. Ist aber die benachteiligende Einwirkung so groß, daß sie überwiegende Nachteile und Gefahren nicht nur für den einzelnen, sondern für das Gemeinwohl mit sich bringt, dann erscheint der zivilrechtliche Schutz des Nachbarn nicht mehr ausreichend. Hier greift nun das öffentliche Recht ein. Nach § 51 GewO. kann die fernere Benutzung einer so gefährlichen gewerblichen Anlage — gleichgültig welcher Art — durch die höhere Verwaltungsbehörde jederzeit untersagt werden. Doch findet auch hier wieder das Interesse des Betriebsunternehmers Berücksichtigung, insofern als ihm für den durch die endgültige Untersagung des Betriebs erwachsenen Schaden seitens des nach landesrechtlicher Bestimmung Verpflichteten (des Staates, der Gemeinde oder dgl.) Ersatz geleistet werden muß (§ 51 Abs. 1 Satz 2 GewO.).

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.